Bavar.
2933
b

Bav. 2933 s

Widenmayer

Die

Wiedereinsetzung

in den vorigen Stand

nach

bayerischem Proceßrecht,

unter

Berücksichtigung des gemeinen Rechts.

Von der Münchener Juristenfacultät gekrönte Preisschrift.

Von

Johannes Widenmayer,

Doctor der Rechte.

Lindau.

Verlag von Johann Thomas Stettner.

1864.

159 - 13K.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Inhalts-Uebersicht.

Erstes Buch.

Die processualen Restitutionen in ihrer geschichtlichen Entwicklung.

Seite

§. 1. Einleitung 1

§. 2. I. Römisches Recht 2

§. 3. II. Reichsrecht 4

§. 4. III. Bayerisches Recht 5

Zweites Buch.

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Versäumnisse von Fristen und Terminen.

§. 5. I. Begriff und Arten 6

§. 6. II. Läsion 7

III. Restitutionsgrund.

§. 7. 1. Beschaffenheit 15

§. 8. 2. Beglaubigung 21

§. 9. IV. Verjährungszeit 22

§. 10. V. Restitutionsgericht 24

Drittes Buch.

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen richterliche Urtheile.

§. 11. Erster Abschnitt. Begriff und Arten 26

Seite

Zweiter Abschnitt. Die Restitutio propter nova.

I. Läsion.

§. 12. 1. Verhältniß zur Restitution gegen Fristversäumnisse . . . 27

§. 13. 2. Beschaffenheit 33

II. Restitutionsgrund.

§. 14. 1. Beschaffenheit. 58

§. 15. 2. Beglaubigung 68

§. 16. III. Verjährungszeit. 69

§. 17. IV. Restitutionsgericht. 71

§. 18. Dritter Abschnitt. Die Wiedereinsetzung wegen Minderjährigkeit 71

§. 19. Vierter Abschnitt. Die Wiedereinsetzung wegen Verschuldung des Anwalts 77

Erstes Buch.

Die processualen Restitutionen in ihrer geschichtlichen Entwicklung.

§. 1.

Einleitung.

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wird im Proceß durch denselben Grundcharacter beherrscht wie im Reiche des Civilrechts, und hat ihre ursprüngliche Natur in keiner Periode der Rechtsentwicklung von den römischen Zeiten ab bis hinein in unser bayrisches Recht verläugnet.

Sie ist zu allen Zeiten und auf jedem Gebiete des Rechts die wirksame Waffe im Dienste der aequitas zur Vernichtung der starren Consequenzen des formellen Rechts, des summum jus — summa injuria gewesen. Bald machen sich auf dem Boden dieses Rechts in Contractsverhältnissen ꝛc. sühnelos Nachtheile breit, obschon ein Makel an dem ganzen Rechtsvorgange klebt; oder es führt ein Versäumniß, ein Geständniß, ein Urtheil im Proceß zu Verlusten, gegen deren Verwirklichung der erheblichsten Gründe ungeachtet das formelle Recht keinen Schutz gewährt.

In solchen Fällen wirkt das Princip der höhern Gerechtigkeit, der aequitas durch die restitutio in integrum versöhnend ein, indem es den Knoten durchschneidet, in dem die Fäden jener nachtheiligen Rechtsbildung zusammenlaufen, und entweder den Verletzten an den gereinigten Ausgangspunkt seiner Verluste zurückführt (Princip des römischen Rechts) oder den Reinigungs- und damit Umgestaltungsact an ihrem Schlußpunkte vornimmt (Princip des bayerischen Rechts).

Es ist das freilich nicht ein Sühnemittel, dessen Anwendung dem beliebenden Ermessen des competenten Organs anheim gegeben wäre.

In den ersten Zeiten zwar zeigt es uns das prätorische Edict in möglichst allgemeiner, unbestimmter Begränzung. Im Lauf der Jahrhunderte aber, besonders seit es sich aus den Händen allgewaltiger Prätoren losgewunden und der bescheidnern richterlichen Machtvollkommenheit unterstellt hat, hat es sich vielmehr zu einem Bestandtheil des positiven Civil- und Proceßrechts mit bestimmten genau geregelten Voraussetzungen und Wirkungen herangebildet.

v. Savigny, System d. heut. röm. R. VII. Bd., S. 95—118.

§. 2.

I. Römisches Recht.

Die im prätorischen Edict geschaffene, durch die Doctrin vervollkommte Lehre der Restitution wurde im römischen Recht auch auf die Läsionen ein Proceß angewendet, ohne daß eine principiell abweichende Behandlung derselben, sei's gegenüber den civilrechtlichen Wiedereinsetzungen, sei's unter sich sichtbar wäre. Dafür liefern uns die Quellen dadurch den besten Beleg, daß sie an verschiedenen Stellen derselben gedenken nicht als gesonderter Rechtsinstitute, sondern als beispielsweiser Anwendungen der Edictslehre.

So finden wir ziemlich alle Edictsgründe zur Beseitigung solcher Läsionen wieder, welche ein richterliches Urtheil ausgesprochen. Die L. 1. 2. 3. C. 7. 58, L. 18. D. 11. 1. u. a. sind offenbar Zeugnisse unbeschränkter Geltung der Restitutio propter dolum auf diesem Gebiete. L. 1. 2. C. 5. 54. bezeichnet die Abwesenheit, L. 9. D. 4. 4. die Minderjährigkeit als vollkräftige Restitutionsgründe für diese Art von Läsionen.

Freilich stoßen wir gerade hier auf mehr als eine Schranke, deren Darstellung als Ausnahme durch die Gesetze die Regel um so gewisser macht. Auf keinen Fall können jene Stellen für den regelmäßigen Ausschluß der in int. rest. bei Judicaten angeführt werden, welche wie L. 2. 3. C. 7. 50. eine instauratio causae nach rechtskräftigem Urtheil verbieten; denn diese Erwähnung der allgemeinen Folgen der Rechtskraft ist unmöglich ein Kriterium der Anwendbarkeit außerordentlicher Rechtshülfe.

Die wirklichen Schranken sind theils von der Natur, theils durch Gesetz gezogen:

1) Die größere Weihe und Unantastbarkeit, welche Urtheilen in Verhältniß zu Verträgen ꝛc. zukommt, fordert, daß hier mit doppelter Strenge alle Erfordernisse zu Begründung der Restitution geprüft werden; davon geben uns die meisten Anwendungsfälle Zeugniß.

2) Derselbe Gedanke führte die Gesetzgebung und Doctrin zur Ausschließung einer Reihe von Fällen, wo in Contractsverhältnissen kein Zweifel ihrer Geltung bestand, nämlich im Gebiete der generalis clausula, wo nach Fassung und Geist des Edicts der prätorischen Erwägung ein noch größerer Spielraum gelassen war, als sonst. Hier, wo der Restitutionsgrund (Hinderniß an Wahrnahme des Rechts) nicht auf einen Makel in den Verhandlungen deutete, schien das Urtheil Kraft genug zu besitzen, um einen darauf gebauten Angriff abzuwehren, insbesondere wo Irrthum an der rechtzeitigen Beibringung sachdienlichen Stoffs gehindert hatte. Man gelangte hier vom Gesichtspunkte einer Verzichtsannahme zu dem Satze, daß nova kein hinreichender Grund zur restauratio judicii sein könne. L. 4. C. 7. 52 ꝛc.

Dieser Grundsatz scheint auch im Allgemeinen von der spätern Rechtsentwicklung nicht durchbrochen worden zu sein. Die Ausnahmen, welche die Quellen uns bieten, beziehen sich

a) entweder auf den Fall, wenn ein anderer Restitutionsgrund die Aufhebung des Judicats rechtfertigt L. 35. D. de re jud., — damit war eine wirkliche Ausnahme nicht gegeben, indem solcher Restitution zufolge die Sache wieder in's Stadium der Verhandlung zurückversetzt war, in welchem Einreden ꝛc. auch ohne Restitution zugelassen wurden,

b) oder auf den Fall, wenn das Urtheil in Folge aufgelegten Eides ergangen war L. 31. D. 12. 2. Hier soll die Auffindung neuer Urkunden den Verletzten zur Restitution berechtigen. Allein auch hierin scheint keine wahre Ausnahme zu liegen, da wie aus L. 31. D. 12. 2. und L. 3. C. 4. 1. hervorgeht, diese Art von Eiden, welche nicht der Wille der beweispflichtigen Partei, sondern das Gebot des Richters veranlaßt hatte, als bloßer Nothbehelf für diesen aufgefaßt wurde, der, um die Sache nicht unentschieden liegen lassen zu müssen, eine Partei mit ihrer ganzen Gewissenhaftigkeit für ihre Sache einstehen läßt; daher solche Urtheile, weil nicht auf vollen Beweis gegründet, leichter umzustoßen waren, als andere.

Was die übrigen möglichen Läsionen im Proceß, namentlich Ver-

säumnisse ꝛc. betrifft, so stand hier der vollkommnen Anwendung aller Restitutionsgründe noch viel weniger im Wege, als bei Judicaten. Daß hier überhaupt Restitution gewährt werden konnte, obwohl eine wirkliche Verletzung erst mit dem Enderkenntniß möglich war, lag in der freien Auffassung der Läsion, welche nicht blos in Gestalt einer schon vollendeten Verminderung des Rechtszustandes auftreten konnte, sondern auch wie hier in Gestalt eines Ereignisses, das möglicherweise solche Verminderung im Gefolge hatte. Savigny, Syst. VII. S. 121., vgl. auch L. 8. i. f. D. 4. 1., L. 7. §. 11. 12. D. 4. 4.

An der Anwendbarkeit der übrigen Restitutionsgrundsätze, welche aus dem Wesen der Restitution überhaupt flossen, z. B. Festhaltung der Subsidiarität, der vierjährigen Verjährungsfrist, kann natürlich für alle in diesem Gebiete zulässigen Fälle nicht gezweifelt werden, weil kein Gesetz sie ausschließt.

§. 3.

II. Reichsrecht.

Wie die übrigen römischen Rechtsinstitute fand auch die Restitutionslehre in Deutschland bereitwillige Aufnahme in allen ihren Detailbestimmungen. Nur konnte man sich nicht mit dem Gedanken des Ausschlusses der Restitution wegen neuen Stoffs befreunden und gelangte bald in dem Streben, dem materiellen Rechte höhere Geltung zu verschaffen, zu einer deßfallsigen Ausdehnung auf dem Wege der Interpretation.

Hat das canonische Recht noch ganz den römischen, ablehnenden Standpunkt festgehalten (vgl. Linde, Handb. d. deut. bürg. Proc. V. S. 701—705.), so zeigt doch die Geschichte der Reichsgesetzgebung bald eine entschiedene Wendung an, und im Gemeinbescheid von 1669 gelangte das Princip der Zulassung von nova zu fester Anerkennung. Mit diesem Gemeinbescheid aber, der nicht etwa diesen Fall der Restitution als in der Generalclausel inbegriffen darstellt, sondern ihm eine selbständige Stellung und Gestaltung gibt, thut sich ein neues System auf, unabhängig von dem römischen, das der rest. propter nova, d. i. wegen in facto emergirender neuer Umstände ꝛc., von denen die Partei keine Wissenschaft gehabt, oder die sie zur Sache dienlich zu sein nicht vermeint.

Beide Systeme standen von nun an neben einander in ziemlich geringer Harmonie, das deutsche überdieß als gesetzlicher Anlaß zu maßloser Gewährung dieses Rechtsmittels und zu gänzlicher Verkennung seiner Natur.

Die übrigen processualen Restitutionen hatten eine erhöhte Anwendbarkeit erhalten durch das schriftliche, sich viel mehr in Formen, als das römische, bewegende Verfahren. Hier blieb die römische Lehre unangetastet, nur macht sich eine gesteigerte Milde in Gewährung derselben bemerklich, namentlich durch Erleichterung des Nachweises der Restitutionsursache.

Im Uebrigen blieb die Auffassung der Restitutionserfordernisse, namentlich was Subsidiarität und Verjährungszeit betrifft, im Wesentlichen die des römischen Rechts. (Letztere erhielt eine Verkürzung bei Restitution gegen Fristversäumnisse nur für die Reichsgerichte durch Dep. Absch. v. 1600; vgl. Zeitschr. f. Recht u. Gesetzg. in Kurhessen, I. Hft. S. 109.) Die Competenzverhältnisse haben sich allerdings geändert, indem die Gewährung der Restitution an die ordentliche Gerichtsbarkeit überhaupt geknüpft wurde. Das römische Doppelverfahren verlor so allmählich an Bedeutung, obwohl die Doctrin wenigstens zum Theil seine Anwendbarkeit noch anerkennt: Oddus Sforzia de rest. in int. p. I. q. 33., Cocceji de diversitate rescind. et resciss. jud.

§. 4.

III. Bayerisches Recht.

Die bayerische Gerichtsordnung bietet uns eine nicht unschöne Klärung der gemeinrechtlichen Disharmonie, und die Entwicklung seiner Bestimmungen ist die Hauptaufgabe vorliegender Darstellung.

In dieser Einleitung genüge es, die hauptsächlichsten Abweichungen vom gemeinen Rechte nur anzudeuten.

1) Rest. contra sententiam und contra lapsum termini sind zwei abgesonderte Gebiete, jedes mit seiner eignen Lehre.

2) Die Auffassung der Läsion zeigt einen entschiedenen Uebergang vom Princip der Stabilität in das Princip der Beweglichkeit.

3) Die Fülle der gemeinrechtlichen Restitutionsgründe ist erheblich eingeengt durch alleinige Aufnahme der generalis clausula in einer je nach dem Ausdruck der Läsion verschiedenen Formulirung.

4) Die Verjährungszeit ist in beiden Fällen wesentlich abgekürzt.

Zweites Buch.

Die Restitutionen gegen Versäumnisse von Fristen und Terminen.

§. 5.

I. Begriff und Arten.

Die Restitutio contra lapsum termini trägt die allgemeinen Züge jeder Restitution auch nach bayerischem Rechte an sich. Eine Verletzung, die vom strengen Rechte sanktionirt ist, und daher keine ordentliche Hülfe zur Seite hat, ein bestimmter Grund, welcher den Eintritt außerordentlicher Hülfe rechtfertigt, das sind im Wesentlichen auch die Voraussetzungen dieser Restitution. Nur die Beschaffenheit der Läsion und demzufolge auch der Restitutionsgründe gibt derselben ein eigenthümliches Gepräge. Wie schon der Name verkündet, stehen wir im Gebiete der äußern Formen, in denen sich der Proceß bewegt; nicht der innere Kern des Streits, Anspruch und Gegenanspruch, sondern dessen Hülle, eine Proceßhandlung, bildet den Restitutionsstoff; also kein wirklich eingetretener materieller Schaden, sondern nur seine unumstößliche Möglichkeit die Verletzung, deren Beseitigung die Restitution bezweckt.

Schon das römische Recht, und ihm nach das der Reichsgesetze hatte die Versäumniß von Proceßhandlungen, resp. von Fristen und Terminen als genügende Verletzung anerkannt, das bayerische Recht bringt insoferne Neues, als es dieser Art der Restitution eine selbständige, ihrer formellen Natur entsprechende Gestaltung gibt.

Arten der rest. contra lapsum termini gibt es in der That nicht, wohl aber hat die bayerische Gesetzgebung die zwei Arten von Zeitbestimmungen hervorgehoben, an deren Beobachtung die Vornahme einer Proceßhandlung geknüpft ist, Termine und Fristen mit ihren Unterarten termini praejudiciales und fatales, und damit zugleich diejenige Art von Fristen ausgeschieden, welche hier, weil zur Restitution ungeeignet, nicht in Betracht kommt, die dilatorische Frist.

Die Quellen dieser Lehre sind die bayer. G. O. cap. XVI. §. 1. N. 11., cap. VI. §. 2., cap. IX. §. 13., cap. V. §. 11. n. 7., Proceßgesetz vom 17. November 1837, welch' letzteres die Bestimmungen der Gerichtsordnung zum großen Theil derogirt oder sie modificirt hat.

Bei Darstellung der Zulässigkeit dieser Restitution ergeben sich naturgemäß vier Theile: Läsion, Restitutionsgrund, Verjährungszeit und Restitutionsgericht.

§. 6.

II. Läsion.

Dieselbe besteht, wie G. O. cap. XVI. §. 1. Nr. 11. sagt, in einem lapsus termini fatalis s. praejudicialis, nach Nov. von 1837 in der Versäumniß von Fristen und Terminen, ist also rein förmlicher Natur.

1) Von einer rest. contra lap. term. ist nach diesen Ausdrücken wie auch nach der ebenso formell dargestellten Natur des Grundes nur so lange die Rede, als die Versäumniß sich nicht schon durch Entwicklung des Processes in einem Decrete ihrer förmlichen Hülle entledigt und in eine gewisse Beziehung zum Klagsanspruch gestellt hat; und es ist demnach die reine rest. c. l. t. stets eine Restitution vor dem Urtheil. Dem widerspricht auch nicht die in zweiter Instanz, also jedenfalls nach dem Urtheil der ersten zu begehrende rest. c. l. fatalis, da dieselbe zum Urtheil der zweiten Instanz durch Räumung des sich dagegen sträubenden Hindernisses den ersten Anstoß gibt, also viel eher und wesentlich auch eine Restitution vor dem Urtheil (zweiter Instanz) genannt zu werden verdient.

Daraus erklärt sich die durchaus förmliche Behandlung dieser Restitution, denn so lange nicht der Gesammtstoff, der dem Richter seine urtheilende Thätigkeit ermöglichen soll, vollständig in seiner Hand sich befindet, ist er vorherrschend ein Wächter der Form, in welcher ihm jenes Material zu Handen kommen soll, darauf beschränkt, die Parteihandlungen aufzunehmen, ihre äußerliche Zulässigkeit zu prüfen und der Parteithätigkeit eine bestimmte Richtung zu geben.

Die Fälle, in welchen nach bereits erfolgtem Erkenntniß der durch Versäumniß einer Frist erlittene Nachtheil beseitigt werden will, haben daher hier ihre Stelle nicht.

2) In dem Ausdruck „Versäumniß einer Frist“ („lapsus termini“) kann ein doppeltes liegen, nämlich die Nichtvornahme der dafür bestimmten Proceßhandlung überhaupt oder nur eines Bestandtheiles der Handlung (Thatsache, Beweismittel). Die Gerichtsordnung hat

auch auf die letztere Möglichkeit ausdrücklich durch die Worte „oder sonst incidenter“) Rücksicht genommen, und zwar ausschließlich darauf, da sie nur an der Spitze bei Bestimmung des Umfangs außer rest. contra lapsum termini praej. und fat. noch ein drittes nennt, im Uebrigen die Restitutionsregeln nur an jene beiden knüpft, und damit nothwendig das dritte zum accessorium derselben macht, bei dem es sich auch um (nur nicht um gänzliche) Versäumung einer Frist handeln muß. In letzterm Falle ist freilich das rein formelle Gebiet verlassen, da solche Restitution den mangelhaften Inhalt der vorgenommenen Handlung zu ergänzen bestimmt ist, — aber eben doch nur soweit, als offenbare Unerheblichkeit des Nachtrags die Restitution ausschließt. Im Uebrigen folgt die Zulassungsfrage ganz den formellen Bedingungen der Zulassung der ganzen Handlung, indem dabei lediglich eine Entschuldigung der Verspätung, keineswegs aber eine bestimmt qualificirte Beziehung zum Klagsanspruch gefordert wird. Auch bei diesen Restitutionen greifen die Bestimmungen der Novelle 1837 Platz, soweit sie sich darauf anwenden lassen Nov. 1837 §. 115, wenn auch das neue Gesetz ihrer nicht ausdrücklich gedenkt, denn sie sind nach G. O. cap. XVI. §. 1. No. 11., wie schon erwähnt, nichts anders als ein accessorium der Restitution gegen Ablauf der ganzen Frist. Seuff. comm. IV. S. 202.

3) Nicht jede Nichteinhaltung einer Frist kann indeß als Versäumniß im Sinne der Novelle angesehen werden, sondern nur eine solche, deren nächste Folge bestimmte Nachtheile sind, die sich im Allgemeinen als Präclusion von der nicht vorgenommenen Handlung darstellen. Wo trotz des Fristablaufs die aufgetragene Handlung, resp. der verspätete Bestandtheil der Handlung mero jure nachgeholt werden kann, ist von Restitution keine Rede, denn hier fehlt es in der That an einer erkennbaren Verletzung.

So folgt nicht Präclusion der gänzlichen Versäumniß der dilatorischen Frist, vielmehr dient die jetzt zu steckende peremptorische dem Säumigen zur Vornahme der nämlichen Handlung, nämlich der Vernehmlassung.

Partielle Nachträge zu bereits vorgenommenen Handlungen, z. B. von Einreden, Beweismitteln ꝛc. können aus verschiedenen Gründen ohne irgend welche außerordentliche Rechtshülfe wegen nicht erfolgter Präclusion vorgenommen werden, z. B. wenn das bereits Vorgetragene

eine foridéclinatorische Einrede war, können Litiscontestation und sonstige Einreden ungehindert binnen einer neuen Frist beigebracht werden. Nov. 1837 §. 24. u. 28., Bolgiano, vgl. Darst. des gem. u. bayer. Civilproc. S. 101.

Wenn das Nichtvorgetragene vom Richter zu supplirende Einreden sind, versteht sich die Ueberflüssigkeit der Restitution von selbst.

Ebenso kann wegen ausdrücklich ausgeschlossener Präclusion von eigentlicher Restitution nicht die Rede sein, wenn der nachzubringende Stoff sich erst nach Ablauf der Frist hervorthat. G. O. cap. VI. 2. IX. 10., und zwar will mit dem Ausdruck „hervorthun" sowohl der Fall getroffen werden, wenn eine Einrede, Beweismittel ꝛc. neu entsteht, als auch der andere, wenn sie erst nach Ablauf der Frist zur Kenntniß der Partei gelangte; das ergibt sich einmal aus der sonst durchweg gleichen processualen Behandlung beider Fälle vergl. G. O. cap. XVI. §. 1. n. 2. cap. XV. §. 5. n. 8. und wird zudem noch durch die Anm. zu G. O. cap. IX. §. 10. ausdrücklich bestätigt. Mit Unrecht stellt Seuffert comm. IV. 203. u. a. diese Fälle unter den formalen Gesichtspunkt der Restitution, indem die Gerichtsordnung ihn nicht nur der Präclusion entzieht, sondern die Anmerkung zu cap. VI. 2. ihn der Restitution geradezu entgegensetzt. Im Ganzen wird der Streit freilich ohne practischen Werth sein und sich lediglich um eine Abweichung juristischer Construktion drehen; doch nicht durchweg, indem nach meiner Ansicht auch solche neu entstandene Einreden ꝛc. nachgetragen werden können, die sich zu selbständiger Klage eignen, während sie zur Restitution in keinem Fall benützt werden können.

Demgemäß ist es ein ziemlich enges Gebiet, auf dem sich die eigentliche Restitution zum Zweck partieller Nachträge bewegt; es fallen darunter nur die Einreden, welche dem Lädirten zwar schon früher bekannt, aber beizubringen aus rechtserheblicher Ursache unmöglich war. Da indeß doch auch die Fälle der G. O. cap. VI. §. 2. rücksichtlich der Zulassungsfrage die wesentlichen Bedingungen mit der rest. c. l. t. gemein haben, und Detailbestimmungen in mehreren Punkten namentlich über die Frist ganz fehlen, so sind wir angewiesen, auch sie materiell als von G. O. cap. XVI. n. 11. mit den Worten „oder sonst incidenter" umfaßte Fälle zu behandeln, soweit nicht die Regirung der Präclusion sich dagegen sträubt.

Eine weit verbreitete und von Seuffert comm. II. 319. befürwortete Praxis hält auch dann eine Präclusion für nicht gegeben, also Nachträge ohne Erfüllung der Restitutionserfordernisse für zulässig, wenn die Frist noch nicht abgelaufen ist, indem solche Nachträge als Bestandtheil der Hauptschrift zu betrachten sein. Mit diesem Grund ist nichts bewiesen, denn er ist nicht viel mehr als eine Umschreibung des zu erweisenden Satzes. Es sprechen überwiegende Gründe dagegen. Der §. 2. des cap. VI., welcher die Eventualmaxime des J. R. A. §. 37. auf den bayerischen Proceß versetzt, enthält eine doppelte Vorschrift: „alle im ersten Termin“ und „alle zugleich und auf einmal.“ Jene verbietet die successive Vertheilung des Vorbringens, selbst auf dilatorischen und ersten peremptorischen Termin, die zweite wäre eine leere Tautologie, welche bei Gesetzen nie zu vermuthen ist, enthielte sie nicht eine weitere Schranke auch für das Vorbringen im ersten Termin. Jene bindet die Exceptionalhandlung an die Frist, letztere das Ende der Frist an die Handlung. Damit stimmt auch überein die Novelle von 1837 §. 27. und 28., welche das Vorbringen sämmtlicher Einreden in einer Handlung „zugleich und auf einmal“ gebietet. Vgl. rücks. des gem. R. v. Bayer, Vorträge über d. gem. d. Civpr. S. 654.; Bolgiano in Lindes Zeitschrift IX. 313.; rücks. des bayer. statt aller Hellmuth, Lehrbuch d. bayer. Pr. S. 58. Diese Gesetzesvorschriften sind dazu so bestimmt und strict, daß sie mir auch für den Vorbehalt der Nachholung nicht Raum zu geben scheinen, denn die erste Handlung ist das gesetzliche Ende der Frist, dessen Verschiebung nach dem stricten Wortlaut des Gesetzes wohl nicht der Parteiwillkühr anheimsteht. Als Anticipation kann das Vorbringeu vor Ablauf der Zeit nicht erscheinen, indem die Verpflichtung dazu auf die ganze Dauer der Frist, nicht bloß den letzten Tag sich erstreckt, also die Vornahme der Handlung vor letztem Tag ebenso pflichtgemäß ist als am letzten Tag, demnach keineswegs anticipirt. A. M. v. Bayer a. a. O. S. 654.

4) Auch die Präclusion vorausgesetzt darf zur Abwendung der Läsion im Gebiete des merum jus eine taugliche Hülfe nicht geboten sein. Die hiemit bezeichnete Subsidiarität muß ohne Zweifel auch für diese Restitution als Princip statuirt werden, denn das liegt im Wesen jedes außerordentlichen Rechtsmittels, als welches auch sie in Folge ihrer Stellung im System erscheint. Durch diese Bemerkung erledigt

sich der Einwand von Gönner Comm. zum Proceßgesetz von 1819, S. 281.

Das Princip der Subsidiarität hat eine doppelte Bedeutung:

a) Die Restitution ist unanwendbar, wenn die processuale Versäumniß eine wirkliche, materielle Läsion nicht zur Folge haben kann, wenn nämlich die dadurch vereitelte Geltendmachung nicht an die Gränzen des gegenwärtigen Processes gebunden ist, sondern auch auf anderm Wege stattfinden kann, z. B. der ausgeschlossene Einredestoff auf dem Wege selbständiger Klage. Freilich ist diese Schranke der Restitution nur bei partiellen Versäumnissen denkbar, da bei gänzlicher Fristversäumniß durch Restitution primär nicht etwa Einreden ꝛc., sondern eine eben nur in diesem Proceß mögliche Handlung nachgeholt wird.

b) Die Restitution ist ebenso wenig zulässig, so lange noch ein ordentliches Rechtsmittel denselben Zweck wie sie erreichen kann, eine Schranke, deren Wirksamkeit hauptsächlich ins Gebiet gänzlicher Versäumnisse fällt.

Freilich ist dieses Princip durch die weitgreifendsten Ausnahmen durchbrochen, so daß practisch genommen der Gönner'sche Satz die Regel bildet; nämlich nach der einen Seite durch G. O. c. VI. §. 2., IX. §. 10. 13., indem die meisten der naturgemäßen Fälle einer Restitution gegen partielle Versäumnisse, wie wir sahen, dem Bereich der eigentlichen Restitution und damit auch dem Gebot der Subsidiarität entrückt sind; nach der andern Seite durch die gleich näher zu besprechende Bestimmung der G. O. c. V. §. 11. n. 7., indem gerade diejenigen Fälle der Restitution gegen gänzliche Fristversäumniß, wo eine Concurrenz mit ordentlichen Rechtsmitteln denkbar ist, zu ordentlichen Rechtsmitteln gestempelt werden.

Aber gerade, daß diese Irregularitäten an anderer Stelle, unter anderm Gesichtspunkt und mit Vermeidung des Namens „restitutio" eingeführt sind, beweist, daß der Gesetzgeber es nicht wagte, durch Preisgebung des Princips der Subsidiarität unserm Rechtsmittel ein anderes juristisches Gepräge zu geben, und nöthigt uns, dasselbe immerhin in der theoretischen Entwicklung dieser Lehre zu betonen und in den allerdings fast verschwindend seltenen Fällen, welche von obigen zwei Ausnahmen nicht getroffen sind, daran festzuhalten.

Dieser Ausführung zufolge ist also unter Versäumung der Frist

im Sinn der Novelle von 1837 zu verstehen die Präclusion mit einer während des Fristenlaufs nicht vorgenommenen Handlung, wogegen das *merum jus* weder an sich noch durch seine ordentlichen Rechtsmittel Abhülfe gewährt.

Es mag sich zum Schlusse noch darum handeln, ob eine Aenderung in der Gestalt der Läsion in der Weise, daß die Versäumung in einem richterlichen Decrete mit ihrer Folge der Präclusion ausgesprochen ist, ob solche Aenderung auch die Natur der Restitution zu alteriren vermag. Ausgeschlossen von dieser Betrachtung und in das dritte Buch verwiesen seien jedoch alle jene Fälle, wo das Decret zugleich Haupt-, also End- oder Beweisurtheil ist, und hier lediglich der Einfluß des bloßen proceßleitenden Präclusivdecrets auf die Restitution inbegriffen. Dasselbe wird auf Anregung einer Partei (Nov. v. 1837 §. 29.) erlassen, und ist nichts Anderes, als der Dollmetscher des Factums, es spricht nur aus, was schon existirt und wie es existirt, denn die Präclusion ist ja die unmittelbare Folge des Ablaufs der Frist G. O. c. VI. §. 2. Die Läsion ist also nicht etwa eine neue, in der Entwicklung des Processes materiell gewordene, vielmehr das Decret bloß dazu bestimmt, der die Versäumniß vielleicht nicht ahnenden Partei Kenntniß zu geben, daß die Präclusion erfolgt sei; sie ist also noch immer und nicht mehr, als die Versäumung der Frist, — vom Richter in Worte gekleidet. Da aber dieselbe schon durch die Restitution gegen den Ablauf der Frist beseitigt wird, das Decret aber nur unter Voraussetzung der Präclusion zu Recht besteht, so liegt in der Restitution zugleich nothwendig eine Beseitigung des Präclusivbescheids.

Für Beurtheilung des ebenbesprochenen Falls besitzen wir eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung in der vielbesprochenen n. 7. §. 11. c. V. der G. O. Es ist darin dem nämlichen Richter gestattet, das Contumacialerkenntniß wieder aufzuheben, „wenn der condemnirte Theil zeigen kann, daß er den richterlichen Auftrag innerhalb des anberaumten Termins weder zu befolgen noch vor Ausfluß desselben um weitere Dilation zu bitten, aus ehehaften Ursachen verhindert gewesen sei.“ Damit sind die gleichen Voraussetzungen statuirt, wie sie das Rechtsmittel des cap. XVI. §. 1. n. 11. der G. O. hat, lapsus termini, rechtserhebliche Ursache (hier specificirt vgl. auch die Anm. zu n. 7. cit.).

Nur lautet die Frist zu Einlegung des Rechtsmittels auf 14 Tage, und ist die Versäumniß bereits in einem Präclusivdecret ausgesprochen. Daß ersterer Umstand der Grund der ganzen Bestimmung sei, hat noch Niemand behauptet, natürlich, denn eine Modification in dieser Beziehung kann den Gesetzgeber nicht veranlaßt haben, unsern Fall aus seinem natürlichen Zusammenhang mit cap. XVI. zu reißen. Dagegen erblicken die Meisten in dem Präclusivdecret die Veranlassung und fassen das Rechtsmittel der n. 7. §. 11. c. V. G. O. die Einen als Remonstration auf, Hellmuth, bayer. Civilpr. S. 39. n. 3., Plochmann, Einl. in den bayer. Civilpr. S. 111., wohl auch Stürzer (vgl. Moritz, Realcommentar z. Nov. v. 1837 S. 254); Andere als Verbindung von Restitution und Remonstration, Bolgiano in Bl. f. R. A. XXVIII. S. 214., Seuffert, Comm. II. S. 293., und beschränken es demnach auf den allerdings die Regel bildenden Fall, daß der Präclusivbescheid ein einfaches Decret war. Beides ist offenbar irrig, wie freilich auch die Bemerkung Kreitmayr's zu G. O. c. XIV. §. 9., der in der Absicht, ein gesetzliches Beispiel der Kraftlosigkeit einfacher Decrete zu geben, sich durch die Gleichheit des Effects verleiten ließ, unser Rechtsmittel dem Gesichtspunkt der Remonstration unterzustellen. Denn die Remonstration setzt ein ungerechtes Urtheil, eine außerdem die Appellation rechtfertigende Beschwerde, die in n. 7. statuirten Entschuldigungsgründe eine Restitutionsläsion (dieß gegen die erste Ansicht). Die Restitution kann aber unmöglich ein gerechtes zu einem ungerechten Urtheil machen, da die Untersuchung über beschwerende Eigenschaft eines solchen offenbar nur die zur Zeit seiner Erlassung gegebene Actenlage umfassen kann (dieß gegen die zweite Ansicht). Wie es sich nach diesen Ansichten für den Fall gestalte, daß der Bescheid ein decisiver war, das ist nirgends gesagt, außer von Bolgiano a. a. O. S. 217. u. 231 ff. (aber freilich in einer Weise, die den Werth seiner Behauptung von der Nothwendigkeit einer Remonstration bei einfachen Decreten fast vernichtet, vgl. auch Bl. f. R. A. XXVIII. S. 257.). Erstere würde dazu führen, gegen ein Präclusivdecret wegen Entschuldbarkeit der Versäumniß appelliren, letztere dazu, erst um Restitution nachsuchen und dann auf Grund ihrer Gewährung gegen das Decret appelliren zu müssen!!

Die G. O. deutet weder eine Combination von Rechtsmitteln an, noch die Beschränkung auf einfache Decrete. Wir bedürfen auch

der Natur der Sache nach, wie oben gezeigt wurde, keines weitern Rechtsmittels außer der Restitution, um den Präclusivbescheid unwirksam zu machen, Bl. f. R. A. XXVIII. S. 257. Das auszusprechen, ist indeß nicht die Absicht des Gesetzgebers bei Abfassung unserer n. 7. gewesen; dem Ort und der Art der Bestimmung gegenüber erschiene eine solche Annahme als dürftige Nothinterpretation. Die allein denkbare Veranlassung war ihm die für die rest. c. l. t. im Princip festgehaltene Subsidiarität. Was bei bloßen Versäumnissen keine Schwierigkeit machte, das gab im Falle darauf erfolgten Decrets zu Bedenken Anlaß, indem der Präcludirte sich dadurch möglicherweise beschwert fühlen, also seine für den Fall wirklicher Versäumniß vorhandenen Entschuldigungsgründe erst nach durchgeführter Appellation zur Geltung bringen konnte. Das führte zu Proceßverzögerung und vernichtete die Vortheile der Kürzung des Restitutionsfatale. Die Natur der Restitution im Allgemeinen zu ändern und sie in ein ordentliches Rechtsmittel umzuwandeln, davor scheute sich der Gesetzgeber (s. darüber oben), und so blieb ihm nichts übrig, als diesen Fall der Restitution aus dem Machtgebiet des cap. XVI. §. 1. n. 11. herauszunehmen und als ordentliches Rechtsmittel in andern Zusammenhang zu stellen.

Welchen Einfluß die Nov. v. 1837 auf die Bestimmung des cap. V. §. 11. n. 7. äußerte, ist von diesem Gesichtspunkte aus leicht zu erkennen (hierüber wird viel gestritten, für gänzliche Derogation Seuffert Comm. II. S. 293, Plochmann u. a., dagegen Hellmuth bayer. Civilpr. S. 39. n. 3., Stürzer a. a. O., Bolgiano Bl. f. R. A. XXVIII. S. 216.) Eine vollkommene Derogation kann weder aus §. 115. noch aus §. 38. der Nov. abgeleitet werden; denn diese haben an dem Princip der Subsidiarität nicht gerüttelt, noch die Ausnahme aufgehoben, sondern §. 38. nur diejenigen Punkte geändert, in welchen schon nach der G. O. die Rest. der n. 7. §. 11. cit. mit der Rest. des c. XVI. §. 1. n. 11. identisch ist, und außerdem nur die Frist der letzteren in der für jene bereits bestehenden Weise bestimmt. Erwägt man dazu, daß die Art der Normirung, namentlich des Beginns der Frist in §. 38. der Nov. v. 1837 gerade nur an den Fall bloßer Versäumnisse denken läßt, daß endlich das Bedürfniß, welches die Bestimmung des c. V. §. 11. n. 7. ins Leben rief, durch Versetzung der Appellation gegen einfache Decrete und Zwischen-

bescheide in das für das Haupturtheil bestehende Appellationsstadium (Proceßges. v. 22. Juli 1819 §. 18., v. 17. Nov. 1837 §. 51.) bedeutend erhöht wurde, dann scheint es nicht zweifelhaft zu sein, daß c. V. §. 11. n. 7. eben nur modificirt, nicht aber aufgehoben ist.

§. 7.

III. Restitutionsgrund.

1) Beschaffenheit desselben.

Die als Veranlassung der Läsion anzugebende Thatsache (Zustand), welche nach dem Gesetze sie entschuldigt und ihre Beseitigung durch Restitution rechtfertigt, ist der Restitutionsgrund.

Das bayerische Recht nach der Nov. 1837 bietet in dieser Beziehung erhebliche Abweichungen vom gemeinen und ältern bayerischen Rechte dar. Nach gemeinem Rechte waren hier die allgemeinen Lehren vom Restitutionsgrunde überhaupt maßgebend, und zwar griff hier der Natur der Läsion als eines omissum gemäß wesentlich der Restitutionsgrund der Abwesenheit und generalis clausula ein, wonach jedes äußere Hinderniß, das sich der Vornahme fraglicher Handlung entgegensetzte, die Restitution rechtfertigte. Savigny, Syst. VII. S. 168.; Burchardi Rest.-Lehre S. 193 ff. Es ist also hier ein freies Walten des richterlichen Arbitriums nicht zu verkennen, und das hat in der Praxis des gemeinen Rechts zu einer höchst verderblichen Leichtfertigkeit der Ertheilung geführt. Daneben blühte der Restitutionsgrund der Minderjährigkeit, und auch Großjährige erfreuten sich wegen Versehen ihres Anwaltes einer freigebigen Gestattung. Burchardi a. a. O. S. 218 ff.; Savigny a. a. O. S. 149.; Seuffert, Archiv VI. S. 104.

Die bayerische Gerichtsordnung entzog dem liberum arbitrium judicis nichts, indem sie jede rechtserhebliche Ursache für genügend erklärte; sie beließ es in dieser Beziehung beim gemeinen Rechte unter ausdrücklicher Berufung auf dasselbe, ebenso bezüglich des Grunds der Minderjährigkeit (Anm. z. G. O. S. 547.) und schloß nur Versehen des Anwalts als Restitutionsgrund in diesem Gebiete aus.

Es war besonders die Restitution der Minderjährigen und der ihnen Gleichgestellten, deren schrankenlose Gewährung einen fühlbaren

Druck auf die Rechtsverfolgung übte; und ihre Abschaffung als rest. c. l. t. ist die erfreuliche Neuerung der Nov. 1837. §. 39.; die Bestimmung des Restitutionsgrundes dagegen als rechtserhebliche Ursache kann nicht als zu lax angesehen werden, sondern nur als zu allgemein formulirt und darum der Gefahr der Mißkennung ausgesetzt. Dieser Gefahr steuerte die Novelle in §. 38. durch präcisere Redaktion des Grundes, so daß jetzt eher eine rigorose, als laxe Praxis zu befürchten steht. Die deßfallsigen Bestimmungen enthalten in der That nichts anders, als eine Anwendung der generalis clausula auf diese Art von Läsion in einer vielleicht etwas straffen Form; es könnte daher ein Richter keinen größern Fehler begehen, als durch starre Interpretation des Wortlauts dieses naturgemäß vom Geist der aequitas durchwehte Institut demselben zu entfremden. Gerade hier verräth sich das gereifte Rechtsgefühl, welches in gerechter Würdigung der factischen Verhältnisse den Faden zu finden weiß, der durch die fast labyrinthische Mannigfaltigkeit der einzelnen Fälle zur richtigen Entscheidung leitet.

Aus diesem Grunde wäre es aber auch ein verfehltes und endloses Beginnen, wollte man eine casuistische Erschöpfung der zu Tage tretenden Möglichkeiten liefern. Es mag genügen, einerseits diejenigen Regeln aufzusuchen, welche im Wesen der Restitution überhaupt begründet sind, anderseits im Hinblick auf Novelle von 1837 die verschiedenen Beziehungen zu bezeichnen, in welchen sich eine rechtserhebliche Ursache offenbart. Wie schon erwähnt, besteht der Restitutionsgrund hier in einem äußern Hinderniß an Vornahme der fraglichen Handlung, nach den Worten der Novelle darin, daß „sowohl der Einhaltung der Frist oder des Termins, als der Stellung eines Gesuchs um Verlängerung oder Verlegung eine rechtserhebliche Ursache im Wege stand," welch' letzterer Ausdruck nach der vom Gesetz selbst gemachten Hinweisung auf §. 35. und 36. dahin zu verstehen ist, daß „ein unverschuldetes Hinderniß:

a) dem Gesuchsteller das Handeln oder Erscheinen bei der Verhandlung, und in demselben Maß auch die Bestellung und Unterrichtung eines Bevollmächtigten, oder
b) dem unterrichteten Bevollmächtigten das Handeln oder Erscheinen in Person oder auch durch einen Bevollmächtigten unmöglich gemacht, oder
c) die Erlangung der erforderlichen Aufklärung oder Beweismittel des angewendeten größten Fleißes ungeachtet verzögert hat."

Gehen wir demgemäß:

I. die verschiedenen Beziehungen durch, in welchen sich dieses Hinderniß geltend machen kann, so kann

1) in persönlicher Beziehung entweder die Partei selbst oder ihr Stellvertreter dadurch von Vornahme der fraglichen Handlung abgehalten worden sein, je nachdem die proceßführende Partei in eigener Person oder durch einen Bevollmächtigten zu handeln pflegt.

2) In Beziehung auf den Gegenstand der Versäumniß kann entweder die bloße Handlung oder ursprünglich die Vorbereitungen dazu, also erst folgeweise die Handlung von dem Hindernisse betroffen worden sein. Zu letzterm ist alles das zu rechnen, was nöthig ist, um zu rechter Zeit die Handlung in entsprechender Weise vorzunehmen, also z. B. in formeller Beziehung die Bestellung eines Offizialanwalts Bl. f. R. A. V. S. 192., in materieller Hinsicht die Beischaffung des nöthigen Stoffs, welcher den Kern der Handlung bilden soll.

3) Bezüglich des Keims des Hindernisses besteht bei Mangel einer positiven Norm keine Schranke: wo er auch liegt, ist gleichgültig, wenn nur das Hinderniß wirklich besteht; er kann demnach in der verhinderten Person selbst liegen, z. B. bei Irrthum, Krankheit, Bl. f. R. A. V. 191. 192. I. 319., oder auch in dritten Personen oder äußern Umständen, z. B. Verspätung der Post ꝛc. Bl. f. R. A. XIV. 238. XV. 139.

II. Die Wirksamkeit des auf eine der genannten Arten entstandenen Hindernisses ist an folgende Voraussetzungen gebunden:

1) Die Beziehung des Hindernisses zur verhinderten Person muß stets so beschaffen sein, daß dieser nicht eine Verschuldung zur Last gelegt werden kann; ein Erforderniß, welches sowohl vom gemeinen Recht, wie der bayerischen Gesetzgebung ausdrücklich betont und im innersten Wesen der Restitution begründet ist. Buvchardi a. a. O. S. 108., Novelle 1837 §. 35. Die Schuld kann in Veranlassung des Hindernisses liegen oder in Nichtbeseitigung desselben. In beiden Fällen muß auch ein geringer Grad von Nachlässigkeit die Restitution ausschließen, denn das Gesetz darf der Leichtfertigkeit der Parteien und den dadurch entstandenen Nachtheilen nicht versöhnend entgegenkommen, sondern nur da heilen, wo die Wunde einen Schuldlosen getroffen. Positiv ausgedrückt ist also den Parteien in Einhaltung der Frist der größte Fleiß zur Pflicht gemacht, Nov. 1837 §. 35. c.

der Fleiß eines besonnenen, in pflichtgetreuer Geschäftsübung erprobten Mannes. Nur in diesem Sinne ist das Erforderniß einer Unmöglichkeit der Handlung zu verstehen, wenn nicht das Gesetz eine Geißel der Parteien werden soll; keineswegs aber führt uns dieses Wort wieder in die verschollene Theorie einer culpa levissima ein, in Folge dessen nur absolute Unmöglichkeit des Handelns genügte.

Es kommt dabei natürlich nur auf die Person des Verhinderten bei Prüfung dieses Erfordernisses an, trifft nur sie keine Schuld, so ist der geforderte Restitutionsgrund gegeben. Darum ist aber auch bei Nachlässigkeit des Anwalts die Schuldlosigkeit der Partei ganz irrelevant und die Restitution stets ausgeschlossen. G. O. c. XV. §. 6. n. 5. u. Anm. dazu.

Die Zulassung wegen Irrthums wird sich dem Gesagten gemäß nach seiner civilrechtlichen Entschuldbarkeit richten, und demgemäß der factische Irrthum als Regel die Gewährung der Restitution rechtfertigen, Seuffert, Arch. I. 426., falls er nicht aus der Nachlässigkeit der Partei oder ihres Anwaltes entsprang, Bl. f. R. A. I. 319. Rechtsirrthum überhaupt als unzureichende Entschuldigung darzustellen (Ahrens Rechtsfälle IV. 263.) ist wohl zu streng, zumal da die Gesetzesworte den Fall nicht berühren. Ich würde ihn z. B. nicht in allen Fällen einer unrichtigen Belehrung der Partei durch den Richter ausschließen, wohl in demjenigen, welchen die Blätter f. R. A. VI. 221. anführen, weil gerade bei Restitution gegen versäumte Berufungsfristen nach ausdrücklicher Bestimmung der G. O. cap. XV. §. 6. n. 5. Rechtsirrthum nicht entschuldigt; nicht aber immer, wenn die Dauer einer andern Frist unrichtig im Decret angegeben ist, z. B. statt auf 30 auf 60 Tage lautet, und das Decret der Partei selbst insinuirt wurde; denn da sie das durch den Richter erzeugte und dadurch gerechtfertigte Bewußtsein zweimonatlicher Dauer hat, so kann ihr die Mittheilung des Decrets an den Advokaten nach Verlauf von 30 Tagen nicht als Nachlässigkeit ausgelegt werden. Verspätetes Eintreffen der Post am Gerichtssitze wird gültiger Restitutionsgrund sein, wenn nur die Schrift so zeitig übergeben wurde, daß sie nach gewöhnlichem Lauf der Dinge noch am letzten Tage eintreffen mußte, Bl. f. R. A. XV. 139.

2) Das Hinderniß muß den ganzen Complex von Handlungen treffen, die zur Verhütung der Versäumniß führen konnten, also auch

die nicht erfolgte Verlängerungsbitte Nov. 1837 §. 37. (was freilich bei den Fatalien nicht denkbar ist); sonst läge ja die Versäumung eines vom merum jus gewährten Hülfsmittels vor, wodurch das vermieden werden konnte, was jetzt das außerordentliche Rechtsmittel nöthig macht. Daß solches Erforderniß auch schon in den Worten der Gerichtsordnung „rechtserhebliche Ursache" enthalten ist, läßt sich mit Rücksicht auf allgemeine Gründe und G. O. cap. V. §. 11. n. 7. nicht wohl bezweifeln. A. M. v. Bayer, bayer. Civilpr. 484.

3) Das Hinderniß muß so früh entstanden sein und so lange gedauert haben, daß keine der zweckdienlichen Handlungen mehr vorgenommen werden konnte. Von selbst klar ist die Sache, wenn die ganze Zeit der Frist von demselben betroffen war. Im Uebrigen mögen folgende Fälle hervorzuheben sein:

a) Wenn die Hebung des Hindernisses noch in die Frist fällt. In diesem Fall ist die Restitution stets dann abzuschlagen, wenn innerhalb des benutzbaren Rests der Frist die Handlung noch möglich war, denn nur im gegentheiligen Falle stand derselben eine rechtserhebliche Ursache im Wege. Die gegentheilige Ansicht Seuff. comm. IV. 209. 210. führt zu dem Schluß, daß überhaupt jedes Theilchen einer Frist benützbar sein müsse, und auch ein eintägiges Hinderniß, an einem der letzten Tage eingetreten, unter allen Fällen Restitution begründe. Die Berufung auf die einschlägige Stelle der Gerichtsordnung, wonach die Restitutionsfrist „so viel Zeit umfaßt, als man zuvor re adhuc integra gehabt hätte," an deren Stelle jetzt die 14 Tage der Novelle getreten, ist nicht stichhaltig, denn eben nur dann erhielt Implorant so viel Zeit ꝛc., wenn wirklich eine rechtserhebliche Ursache der Vornahme entgegenstand, was im vorgesetzten Fall nicht stattfindet.

Daß aber über die Frage der Möglichkeit der Vornahme innerhalb des Restes der Frist ein billiges Urtheil entscheide, versteht sich nach dem oben Gesagten von selbst, namentlich wenn es sich um ein fatale handelt, das ein Verlängerungsgesuch nicht zuläßt.

Auf jeden Fall abzuschlagen ist die Restitution, wenn man nach Hebung des Hindernisses mero jure noch so viel Zeit hat, als die Restitution, wenn die Frist abgelaufen wäre, geben könnte, also wenn noch volle 14 Tage übrig sind. Seuff. comm. IV. 210.

b) Wenn der Beginn des Hindernisses in das Ende der Frist fällt. Hier wird Restitution zu ertheilen sein, wenn das Hinderniß so früh eintritt, daß die vorzunehmende Handlung von diesem Zeitpunkt an noch möglich gewesen wäre, denn vorher sie vorzunehmen, war die Partei nicht verbunden, z. B. eine Partei wird drei Tage vor Ablauf einer Frist gefährlich krank, und zur Vornahme der Handlung, resp. rechtzeitigen Einreichung eines Verlängerungsgesuches genügten zwei Tage. Im gegentheiligen Falle ist die Restitution abzuschlagen.

c) Wenn eine Unterbrechung des Hindernisses während der Frist eintrat. Hätte in diesem Falle die Vornahme der Handlung auch noch in dem vom Hinderniß wieder betroffenen Rest der Frist geschehen können, so liegt analog dem Fall sub 2. ein Restitutionsgrund nicht vor.

In solchen Fällen haben wir es wohl mit rechtserheblichen Ursachen in abstracto zu thun, es fehlt aber in dem nothwendigen und exclusiven Zusammenhang derselben mit der nicht geschehenen Fristeinhaltung, der an sich und nach ausdrücklichen Worten der Nov. §. 35. zu fordern ist.

Die Anwendung vorstehender Grundsätze auf partielle Versäumnisse hat keine Schwierigkeit. Die hier zutreffenden, im Geist der Novelle zu würdigenden Restitutionsgründe sind Neuheit des nachzuholenden Thatumstandes oder ein unverschuldetes Hinderniß seiner Beibringung, namentlich Irrthum. Nur wird der juristischen Construction des cap. VI. §. 2. der G. O. gemäß in diesen Fällen die Berufung auf Neuheit und Irrthum richtiger Legitimation als Restitutionsgrund genannt.

Der Abschaffung des Restitutionsgrunds der Minderjährigkeit und Quasiminderjährigkeit durch Nov. 1837 §. 39. wurde bereits gedacht. Nur soweit bei Minderjährigen die Erfordernisse des §. 38. zutreffen, ist in diesem Gebiete der Restitution die Versäumung entschuldbar. Die Vorbehalte des §. 39., besonders auch Abs. 2. und 3. gehören einer andern Stelle an; darüber siehe in der Lehre von rest. contra sententias (III. Buch).

Unnöthig wird die Untersuchung des Restitutionsgrundes durch Bewilligung des Gegners (die freilich zur Verhütung der Abweisung brevi manu schon im Gesuch selbst angeführt sein soll), Seuffert

comm. IV. 204. Bl. f. R. A. VII. 320., da die regelmäßige Statthaftigkeit des Verzichts im Civilproceß durch nichts gerade hier ausgeschlossen, vielmehr durch analoge Anwendung von G. O. cap. XVI. §. 1. n. 2. „auf gegentheiliges Begehren" geboten erscheint.

§. 8.

2) Beglaubigung des Restitutionsgrundes.

Hiezu genügte nach Gerichtsordnung die einfache Bescheinigung, also jene Art der Beweisführung, welche nicht durch bestimmte Form und Summe von Beweisgründen gebildet wird, sondern eine schrankenlose Würdigung der Umstände durch den Richter rechtfertigt und Herstellung bloßer Wahrscheinlichkeit bezweckt. Kleiner, die Bescheinigung im Civilproceß S. 5 ff. Sie geht mit den gewöhnlichen Beweismitteln vor sich, wozu noch der Eid des Asserenten tritt. Seuff. comm. cap. IV. 207.; v. Bayer, bayer. Civilpr. S. 484. Bl. f. R. A. VII. 139.; Seuff. Archiv VI. 298.

Die Novelle dagegen verlangt die Nachweisung des Restitutionsgrundes, also eine Beweisführung, deren Resultat die juristische Ueberzeugung des Richters ist. Nähere Bestimmung über Art und Zeit dieser Nachweisung ist im Gesetz nicht getroffen, man mag daher füglich die hierüber feststehende Praxis als geltendes Recht vortragen, wonach als bei einem Incidentpunkt ein abgekürztes Verfahren Platz greift, und demgemäß freier Spielraum dem Richter gewährt ist. Die Beweismittel sind schon im Restitutionsgesuche anzugeben, der Gegenbeweis naturgemäß nicht ausgeschlossen. Seuff. IV. 207. Nur so viel sei hier noch erwähnt, daß ich zwar auch noch nach Nov. 1837 den Eid für zulässig halte, ihn aber nicht als einen mit andern Beweismitteln zu cumulirenden Bescheinigungseid, sondern als Beweisergänzungseid, suppletorium, bezeichnen möchte, wozu nur Implorant sich nicht nothwendig zu erbieten hat. Die verschiedene Natur der Bescheinigung und des Beweises gestattet die von Seuffert beliebte Auffassung nicht.

Nur im Falle der Restitution gegen partielle Versäumnisse verlangt die Analogie von G. O. cap. XVI. §. 1. n. 2. für den Beweis des Irrthums, daß der bloße Eid des Imploranten auch nach Nov. von 1837 für genügend geachtet werde, da derselbe wegen eigen-

thümlicher Beschaffenheit des zu beweisenden Satzes für diesen Fall zum wirklichen Beweismittel erhoben ist.

§. 9.

IV. Verjährungszeit.

1) Die Dauer der Frist zur Anstellung des Restitutionsgesuchs war nach der Gerichtsordnung nicht nach einer bestimmten Summe von Zeiteinheiten fixirt, vielmehr richtete sich alles nach dem Entgang von Zeit, den der Restitutionsgrund schuf. Das Maximum lag also in der gesetzlichen Dauer der Frist, das Minimum in einem Tage. Der darauf bezügliche Ausdruck der G. O. cap. XVI. 1. n. 11. lautete: „innerhalb so viel Zeit als man zuvor re adhuc integra gehabt hätte." Da jedoch diese Bestimmung zu Irrungen Anlaß gab und in vielen Fällen (man denke nur an den Fall partieller Versäumung) sich als nicht practicabel zeigte, so wurde durch Novelle von 1837 an Stelle jener unbestimmten die bestimmte Größe von 14 Tagen gesetzt, und zwar eine so bestimmte, daß eine Verlängerung derselben ausgeschlossen ist, weßhalb sie als fatale erscheint, Nov. §. 38. Abs. 2., was aber selbstverständlich die Restitution nicht ausschließt, so wenig, wie das Verbot mehrmaliger Restitution im nemlichen Punkt es vermag, denn hier liegen in den verschiedenen Versäumungen verschiedene Punkte vor.

Diese Frist läuft indeß nicht nur der Restitutionsbitte, sondern auch der nach dem Princip der Cumulation von judicium rescindens und rescissorium damit zu verbindenden Handlung, die indeß natürlich nicht noch einmal vorzunehmen ist, wenn sie wegen verspäteten Einlaufs als versäumt erschien und deßhalb ad acta gelegt wurde, denn sie erscheint naturgemäß im Augenblick Eintreffens des Restitutionsgesuchs als demselben incorporirt. Seuff. comm. IV. 209.

Die genaue Fixirung dieser Zeitdauer bringt es übrigens mit sich, daß der Implorant auch dann keine Vergrößerung genießt, wenn ihm durch das Hinderniß, welches den Restitutionsgrund bildet, mehr als 14 Tage absorbirt wurden. Im Interesse einer festen Begrenzung einerseits und rascher Justizpflege andererseits wird vielmehr hier eine mögliche Härte übersehen. Motive zu §. 38.

Das gemeine Recht, wenigstens vor D. A. 1600 §. 86. gestattete zu Anbringung des Gesuchs die gewöhnliche vierjährige Restitutions-

friſt. Oddus Sfortia tract. de rest. in int. I. q. 19. art. 2., den Kreitmayr S. 548 Anm. unrichtig als Autorität einer kürzern Befriſtung allegirt, denn Oddus gibt als tempus intra quod restitutio petitur, 4 Jahre an, und beſtimmt nur das tempus ad quod, nämlich die Zeit, die der Reſtituirte zur Beibringung der Handlung hat, durch den Grundſatz: non plus sed tantum dat rest., quantum abstulit laesio; freilich erzählt ſchon Oddus von Schriftſtellern und Practikern, welche jenes tempus intra quod kürzen wollen. Letztere Meinung iſt für die Reichsgerichte ſanctionirt durch D. A. 1600 §. 86., deſſen Beſtimmung die bayeriſche Gerichtsordnung in ſich aufnahm. Vgl. rückſichtlich der beſtrittenen Auslegung des Ausdrucks re adhuc integra v. Bayer Concursproceß §. 57.

2) Der Lauf der Friſt beginnt nach Novelle von 1837 von der Zeit an, da ſich das Hinderniß gehoben hat, den Tag der Entſtehung desſelben nicht mitgerechnet.

Dieſer Satz leidet nach der Natur der Sache eine Modification nach zwei Richtungen:

a) Wenn das Hinderniß ſich vor Ende der Friſt hob, und trotzdem ein genügender Reſtitutionsgrund vorliegt, ſo beginnt die Friſt nach der Hebung, nämlich mit Ablauf der verſäumten Friſt, denn die Reſtitutionsfriſt iſt auf volle 14 Tage für alle Fälle fixirt, die Zeit zwiſchen Hebung des Hinderniſſes und Ablauf der Friſt kann aber unmöglich als Beſtandtheil der Reſtitutionsfriſt angeſehen werden.

b) Wenn die Verſäumung der Friſt erſt nach Hebung des Hinderniſſes zur Kenntniß der Partei kam, beginnt die Reſtitutionsfriſt ſowohl nach der Hebung als nach Ablauf der Friſt, nämlich erſt im Augenblick der Kenntnißerlangung. Seuff. comm. IV. 209. Bl. f. R. A. V. 191.

Die Natur der Friſt als tempus utile ratione initii folgt aus der gemeinrechtlichen Anſchauung, die für den Fall der rest. contra sententiam ausdrücklich von der bayeriſchen Gerichtsordnung recipirt wurde, cap. XVI. 1. n. 3., ſie iſt aber auch eine nothwendige Conſequenz der Kürze der Friſt.

Die Anwendung dieſer Sätze auf partielle Verſäumniſſe lehrt, daß auch hier eine 14tägige Friſt laufe von dem Zeitpunkte an, da die Unmöglichkeit des Vorbringens, alſo die ignorantia aufhörte, reſp. da die nova ſich hervorthaten. Seuff. comm. IV. 211.

Was die Hebung des Hindernisses betrifft, so tritt sie nach §. 36. der Novelle 1837 analog seiner Entstehung ein:
zu a) wenn die Unmöglichkeit selbst zu handeln oder einen Bevollmächtigten zu bestellen und zu unterrichten aufhört,
zu b) sobald entweder der unterrichtete Bevollmächtigte oder dessen Stellvertreter handeln kann, oder der von dem Hinderniß in Kenntniß gesetzte Vollmachtgeber einen andern Bevollmächtigten unterrichten kann,
zu c) sobald das Hinderniß beseitigt ist.

Also allgemein ausgedrückt: sobald ein solcher Zustand eingetreten ist, der, hätte er im Fristenlauf bestanden, keine Restitution hätte veranlassen können. Die Dauer des Hindernisses bis zu dem Tag, an dem dasselbe nach Angabe des Imploranten sich hob, resp. von dem der Tag des Einlaufs der Restitutionsbitte um 14 Tage entfernt ist, ist mit vom Imploranten zu erweisen. Seuffert comm. IV. 208. A. M. v. Bayer, bayer. Civilpr. S. 486., welcher seine gegentheilige Ansicht aus der Präsumtion der Fortdauer von Zuständen ableitet. So sehr diese Präsumtion im Rechte begründet ist, so möchte ihre Anwendbarkeit doch wohl nur auf den Fall beschränkt sein, wenn gerade die Fortdauer von demjenigen, welcher sich einmal im fraglichen Zustand befand, behauptet wird, keineswegs aber, wenn er dessen Hebung zugibt; denn eben nur die Fortdauer, nicht aber die längere oder kürzere Dauer, resp. frühere oder spätere Hebung ist der Gegenstand jener Rechtsvermuthung. Der Gegner des Imploranten hat das Recht des Gegenbeweises, der übrigens nicht selten durch Notorien überflüssig gemacht wird, vgl. Bl. f. R. A. XVII. 348. (Doch verdient die darin enthaltene Entscheidung wohl den Vorwurf allzugroßer Strenge. Seuffert IV. 209., vgl. Bl. f. R. A. XXIII. 119.)

§. 10.

V. Restitutionsgericht.

Die Novelle von 1837 enthält hierüber keine directe Bestimmung, es bleibt also bei der Norm der Gerichtsordnung, wonach über rest. contra lapsum fatalis der höhere Richter, über rest. contra lapsum praejudicalis derjenige zu entscheiden hat, welcher den term. praejud. ertheilte G. O. c. XVI. §. 1. n. 11. Es würde aber zu Ungereimt-

heiten führen, wollte man diesen Satz nach seiner stricten Fassung auf alle Fälle anwenden, wie das die Bl. f. R. A. IV. S. 413. deutlich an dem Beispiel darthun, wenn der Berufungsrichter reformatorisch erkennt und einen peremtorischen Termin zu Führung des Beweises festsetzt. Man muß hier eben das höhere Princip suchen, das dem Gesetzgeber bei der Bestimmung leitete, und das er, statt es als Princip wiederzugeben, auf seine zwei Hauptfälle anwandte, ohne der möglichen Consequenzen zu gedenken, die daraus, und zwar nicht im Geiste seines Princips gezogen werden konnten. Die Novelle von 1837 bietet hierin indirect wesentlichen Vorschub durch das materiell auch dem Recht der Gerichtsordnung innewohnende Gebot des §. 38. Abs. 2., mit dem Restitutionsgesuche die versäumte Handlung zu verbinden. Damit ist die Sache geklärt. Die Competenz zu Ertheilung der Restitution richtet sich nach der Competenz für die Würdigung der versäumten Handlung. So ist dem natürlichsten Grundsatze Rechnung getragen, daß wer Inhalt und Folgen einer Handlung bemißt, auch über ihre Zulässigkeit entscheidet. Darum weist auch die Gerichtsordnung die Competenz zu Ertheilung der rest. c. l. fatalis dem Oberrichter zu, denn die nachzuholende Handlung fällt in den Kreis seiner richterlichen Thätigkeit, vgl. Gönner, Handb. des gem. Proc. Bd. III. Abh. 58. S. 222—224. Darum aber ist die Bestimmung bezüglich der rest. c. l. praej. den Geboten einer richtigen Auslegung zufolge nicht unbedingt wahr, vielmehr nur soweit anzuwenden, als es der beide Bestimmungen beherrschende Grundsatz gestattet, daß die rest. c. l. t. da ertheilt werde, wo die versäumte Handlung hätte vorgenommen werden sollen.

Drittes Buch.

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen richterliche Urtheile.

Erster Abschnitt.

§. 11.

Begriff und Arten.

Das außerordentliche Rechtsmittel, welches durch Vermittlung bestimmter vom Gesetz sanctionirter Gründe die in einer Sentenz ausgeprägte Verletzung zu vernichten bestimmt ist, ist die *restitutio contra sententias*.

Das bayerische Recht hält sich bei Aufstellung der Restitutionsgründe nicht ängstlich an das gemeine, sondern entfernt vielmehr die durch zwei neben einander stehende Systeme entstandene Disharmonie durch einheitliche Gestaltung der bunten Rechtsmaterie in dem einen System der Noven.

Daneben aber erkennt es noch zwei exceptionelle andere Restitutionsgründe an, berechnet auf Hebung der gewissen Zuständen anklebenden Mängel. Ist der Novengrund für den Fall gegeben, wenn wir uns die Partei der Partei gegenüber, und zwar beide mit normaler Handlungstüchtigkeit ausgestattet denken, so sind die beiden andern bestimmt, die Nachtheile unvermeidlicher Zustände zu entfernen, welche das natürliche Verhältniß zwischen dem Kläger und Beklagten stören. Dieselben entspringen der besondern Schutzbedürftigkeit, in welche eine Partei durch Unreife des Alters, eine andere durch Unreife der Rechtsbildung geräth, — den Gefahren einer damit nothwendig gemachten Vertretung durch Dritte.

Hienach statuirt das bayerische Recht noch folgende Restitutionsgründe:

1) den der Minderjährigkeit als Privileg zur Beseitigung aller wirklichen Nachtheile;

2) den des Unfleißes oder Verschuldens des Anwalts einer großjährigen Partei für den Fall daraus erwachsenen Schadens.

Gesetzliche Quellen für diese ganze Materie sind die bayer. G. O. cap. XVI. §. 1. n. 1—10., c. VII. §. 10., Nov. 1837 §. 39.

Zweiter Abschnitt.

Die Restitutio propter nova.

I. Läsion.

Dieser Theil der Lehre bietet keine geringen Schwierigkeiten dar, zu deren befriedigender Lösung eine bloße Uebertragung der gesetzlichen Bestimmungen keineswegs genügt. Sind es nur Sentenzen, und welche sind es, deren Umstoßung durch Restitution hier geregelt ist? Welche Sentenz ist der eigentliche Gegenstand der Restitution, wenn eine Läsion in mehreren sich ausgeprägt hat? In welchem Verhältniß steht überhaupt diese Läsion zu der bei rest. c. lapsum termini erforderlichen Verletzung? Die Beantwortung dieser Fragen hat sich folgende Darstellung zur Aufgabe gesetzt.

§. 12.

1) Verhältniß zur *rest. contra lapsum termini.*

I. Gemeines Recht. Hier ist als Princip und Regel eine Stabilität der Verletzung erkennbar.

Das römische Recht zuvörderst gab keine verschiedene Restitutionslehre je nach Verschiedenheit der Läsion (vgl. auch die Einleitung). Es erklärt im Allgemeinen jeden Schaden für hinreichend zur Begründung des Rechtsmittels, selbst wenn er nur erst die rechtliche Möglichkeit eines wirklichen Vermögensnachtheils enthielt, Gajus inst. IV. 125., l. 1. §. 5. D. 2. 13., l. 7. §. 4., l. 36., l. 7. §. 11. 12. D. 4. 4. Und gegen den ursprünglich erfolgten Schaden blieb auch die Restitution gerichtet, selbst wenn er auch in spätern Ereignissen einen viel materielleren Ausdruck fand, z. B. gegen den Verkauf einer Sache auch nach deren Hingabe an den Käufer zu dessen Eigenthum. Die Restitution bestand recht eigentlich in einer Wiederherstellung des frühern Zustands, d. h. in einer Beseitigung des ursprünglichen Hindernisses oder der ursprünglichsten durch den Restitutionsgrund erzeugten Handlung, Burchardi Restitutionslehre S. 441., also z. B. bei Verlust des Eigenthums durch Verjährung in Beseitigung der letztern — und damit war der Restitutionsproceß vollendet, Savigny, System VII. S. 255. Diese Auffassung wird auch durch die in den Quellen enthaltenen Beispiele der processualen Restitutionen nachdrücklich bestätigt.

Nirgends finden wir die Erwähnung einer Restitution als rest. contra sententiam, wo nicht in der Sentenz selbst die erste Verletzung liegt, wohl aber Beispiele von Restitutionen gegen Versäumnisse ohne Unterscheidung, ob eine Sentenz darauf gefolgt war oder nicht. Als Gegenstand der Restitution wird z. B. erwähnt eine auf verfälschte Urkunden gebaute Sentenz; auch in den (Ausnahms-) Fällen der rest. propter nova das Urtheil (welches ja erst die Vorschützung von Thatsachen ausschloß, l. 2. C. 7. 50.); ebenso im Falle der rest. propter minorem aetatem l. 9. Pr. D. 4. 4., l. 42. D. 4. 4.

Der Enderfolg kam nicht in Betracht, die Restitutionsertheilung hatte nur den Sinn, daß im einen Falle das Hinderniß der Beibringung des novum wegfiel, andernfalls der durch falsche Urkunden gelieferte Beweis. Die Sentenz, die in judicio recissorio erfolgte, konnte eine Wiederholung der vorigen sein. Savigny, Syst. VII. S. 231 ff. Nur im Falle der Restitution wegen Minderjährigkeit erfolgte schon im jud. rescindens eine Aenderung der Sentenz, vgl. Keller der röm. C. Pr. S. 329. 334., Savigny Syst. VII. S. 632., offenbar weil die vom Gesetz angenommene Veranlassung der Läsion außerhalb des Verfahrens lag, nämlich in der Schutzbedürftigkeit der Minderjährigkeit, die sich, weil die Beseitigung von wirklichem Schaden heischend, der Läsion in ihrer materiellsten Gestalt entgegenstellte.

In der Reichsgesetzgebung ist dieser Standpunkt der Stabilität als Grundsatz beibehalten, wenigstens nirgends ein entgegengesetztes Princip aufgestellt. Nur ist er durch die im G. B. v. 1669 enthaltene Regulirung der Novenrestitution als eines selbständigen Rechtsmittels theilweise durchbrochen. Consequent hätte sich auf Grund des alten Princips eine rest. propter nova gegen die Sentenz gar nicht mehr construiren lassen, da der J. R. A. §. 78. alles thatsächliche Vorbringen an die dafür gesteckte Frist bindet; nur uneigentlich und ganz formell betrachtet konnte die für vorher unbekannte Einreden statuirte Ausnahme der Präclusion zu der Ansicht führen, daß wenigstens für diese erst die Sentenz die ursprüngliche Verletzung erzeuge. Nichtsdestoweniger hat der genannte G. B. sowohl diesen als auch den andern Fall, wenn früheres Vorbringen nicht für dienlich erachtet wurde, als die zwei Arten einer rest. contra sententiam aufgestellt, und damit den Einfluß des J. R. A. auf unsere Lehre bewußt oder unbewußt ignorirt. Da aber die bezügliche Stelle nicht im Tone einer

principiellen Neuerung auftritt, noch auch nach der beschränkten legislativen Gewalt der Gemeinbescheide auftreten konnte, und zudem auch nicht alle Fälle einer möglichen Präclusion trifft, namentlich nicht den Fall gänzlicher Versäumniß, so erscheinen die vom G. B. erwähnten nur als Ausnahmen eines noch immer geltenden Grundsatzes.

Dagegen zeigt uns in einer andern Beziehung der Proceß besonders der Reichsgerichte eine Aenderung des römischen Rechts durch constante Verbindung des judicium rescindens mit dem rescissorium vgl. Anm. z. bayer. G. O. S. 546., Moser Reichshofr. conclusa t. III. p. 621., so daß nunmehr Restitution nur mehr ertheilt wurde, wenn die Gewißheit eines befriedigenden Endresultats vorlag. Das verrückt indeß den Sitz der Läsion keineswegs, sondern mindert nur die Fälle ihrer Berücksichtigung. War freilich die bloße Fristversäumniß, eine weitere Entwicklung des Processes aber nicht gegeben, so genügte die Entschuldigung der Versäumniß, um die Nachholung des Versäumten zu bewirken, denn damit ist auch das rescissorium vollendet. Hatte sie aber ein Haupturtheil in contumaciam zur Folge gehabt, so bewies erst die Gewißheit, daß die verlangte Nachholung ein günstigeres Urtheil erzielen werde, — daß jene Versäumniß eine Verletzung enthalte, gegen welche Restitution erlangt wird; aber sie, und nicht das Urtheil war (abgesehen von den zwei Fällen des Gemeinbescheids) directer Gegenstand derselben.

War also die römischrechtliche Restitution eine reine Herstellung der res integra, so ist die Restitution, wie sie die Reichsgerichte handhabten, allerdings auch eine solche, aber unter Voraussetzung einer Aenderung der neuesten processualen Gestalt der Sache.

II. Erst das bayerische Proceßrecht macht den entschiedenen Schritt von dem Princip der Stabilität zu dem der Beweglichkeit der Läsion hinüber. Solange sich eine Verletzung im Reich der Form bewegt, soweit und nur soweit reicht die Herrschaft der *rest. contra lapsum termini*, von dem Moment an, da sie eine materielle Gestalt in einem Urtheil (oder Surrogat desselben) annimmt, ist dieselbe machtlos, ist die *rest. contra sententias* die einzige Waffe des Verletzten.

Das ist das Princip des bayerischen Rechts, — so evident in die Worte der Gerichtsordnung gelegt, daß ich eine nähere Erweisung für unnöthig hielte, wenn nicht zwei abweichende Meinungen sich die eine

seit längerer, die andere erst in neuester Zeit Anerkennung gesucht hätten. Beide stimmen darin überein, daß sie der rest. contra lapsum term. einen größern Spielraum anweisen, jene indem sie deren Anwendbarkeit auf Contumacialhaupturtheile behauptet, die ohne Vernehmung des Benachtheiligten über den Vorwurf des Versäumnisses ergingen, Seuffert Comm. IV. S. 203., letztere, indem sie ihr als Incidentrest. alle Urtheile bis zur Definitivsentenz unterwirft. Bolgiano in den Bl. f. R. A. XXVIII. S. 231. Beide widersprechen dem bestimmten Ausdruck wie dem unzweideutigen Geiste der G. O. c. XVI. §. 1.

1) Die Art, wie die Erfordernisse der rest. c. l. t. vom Gesetzgeber gezeichnet werden, ist sosehr förmlicher Natur, sosehr auf Verhütung eines bloß processualen Nachtheils gerichtet, daß auch die Wirksamkeit des Rechtsmittels in das Gebiet der Form auf's deutlichste eingegränzt erscheint, und zwar des Rechtsmittels nach seinen beiden Seiten, indem, wie wir S. 7. und 8. sahen, über Voraussetzung und Umfang der mit den Worten „sonst incidenter" getroffenen Restitution sowohl nach der Gerichtsordnung als der Novelle von 1837 das juristische Gepräge der Restitution gegen gänzliche Versäumnisse entscheidet.

Das wird durch die Normirung der rest. c. sent. noch erheblich bestätigt. Auf der einen Seite abstrahirt sie von bloß processualen Nachtheilen (Versäumniß einer Handlung), und holt die Momente ihrer Zulässigkeit lediglich aus den daraus erwachsenen materiellen Schäden (Nichtberücksichtigung factischen Stoffs im Urtheil). Andererseits aber erscheinen doch hier wie bei rest. c. lapsum term., als ursprüngliche Läsion ganz die nämlichen Ereignisse, nämlich die Versäumnisse von Fristen und Terminen, da diese Zeitbestimmungen nach der Bestimmung des cap. VI. §. 2., IX. §. 10. die einzigen vom Recht anerkannten Behälter der factischen Grundlagen des Urtheils sind, und alles in ihrem Bereich nicht liegende factische Vorbringen vor dem Urtheil nur im Wege der rest. contra lapsum termini (als welche auch die Nachholung vorher unbekannter Einreden materiell erscheint) ermöglicht wird. Ebenso sind auch die Gründe, welche das Nachholen hier factischen Stoffs, dort einer Handlung rechtfertigen, vollkommen die nämlichen.

Eine Verschiedenheit der Voraussetzungen beider Restitutionen ist

lediglich darin erkennbar, daß nach der Redaction des einen Falls die Verletzung, welche den directen Gegenstand der Restitution bilden soll, ursprünglich und formal, im andern Falle dagegen der förmlichen Hülle entkleidet, materiell entwickelt vor uns tritt; und der einzig hiedurch sich ergebenden Scheidung ist eine Verschiedenheit der Detailgestaltung (schwerere — leichtere Beglaubigung des Restitutionsgrunds wenigstens nach der Gerichtsordnung, längere — kürzere Restitutionsfrist, nothwendig — nicht nothwendig contradictorisches Verfahren) angereiht.

2) Dazu kommt noch ein weiterer, wie ich glaube, völlig schlagender Grund.

Die Gerichtsordnung verkündet in c. XVI. §. 1. n. 9. die Cumulation des judicium rescindens mit dem rescissorium für die rest. contra sent., und die Anmerkungen Kreitmayrs zu dieser Stelle erwähnen der bezüglichen gemeinrechtlichen Controverse und rühmen den Gewinn, den Richter und Parteien aus dieser Art ihrer Erledigung ziehen; für die rest. contra lapsum term. ist dieser Grundsatz nicht erwähnt. Selbstverständlich kann indeß solche Erledigung einer Controverse nicht bloß einseitig für rest. contra sent. gegeben sein, sondern muß, soweit sie bei der andern Restitutionsart practisch werden kann, auch auf diese bezogen werden. Wie verhält es sich aber dann mit der Richtigkeit des Restitutionsgrunds gegenüber der Ansicht von Seuffert und Bolgiano, nämlich in den Fällen, wo ein Urtheil bereits den vorhandenen factischen Stoff gewürdigt hat? Hier wird sich derselbe oft als unwahr erweisen, dann nämlich, wenn wohl die Versäumniß entschuldbar ist, aber die versäumte Handlung nicht genügend relevanten Stoff enthält, um eine Aenderung des ungünstigen Urtheils zu erwirken, — und nun folgeweise die Restitution abgeschlagen werden muß. Und doch darf man nicht annehmen, daß der Gesetzgeber den auf den Restitutionsgrund bezüglichen Worten nur eine relative Wahrheit geben, daß er ihn im Lichte des Cumulationsprincips gewürdigt wissen wollte; man darf es deßwegen nicht, weil er bei rest. contra sent. nicht nur die Cumulation ausdrücklich aussprach, sondern auch ihr entsprechend die Restitutionserfordernisse normirte und die Alteration des Urtheils als wesentlich hervorhob, folglich durch eine von dieser Cumulation nicht beeinflußte Normirung in §. 11. deutlich zu erkennen gibt, daß dieselbe trotz jenes Princips

in allen Fällen wahr bleiben soll. Knüpft er demnach die rest. contra lapsum term. an die bloße Entschuldigung der Versäumniß mit einer rechtserheblichen Ursache, d. i. nach G. O. c. V. §. 11. n. 7., c. XV. §. 6. n. 5., Nov. v. 1837. §. 38. mit der Unmöglichkeit der Handlung, und stellt dazu das Gebot einer mit dem Restitutionsgesuch gleichzeitigen Vornahme der versäumten Handlung (indirect im in G. O. c. XVI. §. 1. n. 11. durch die Art der Fristregulirung, direct in Nov. v. 1837. §. 38. Abs. 2.), so ist klar, daß er Restitution stets auf bloße Entschuldigung der Versäumniß gewährt, daß mit Zulassung der versäumten Handlung zugleich das judicium rescissorium vollendet ist, daß also überhaupt für das Rechtsmittel des §. 11. keine materielle Gestaltung der Läsion je vorliegt, der gegenüber er Cumulation und Alteration besonders zu betonen hätte.

Wenn Seuffert auf das reine Folgeverhältniß des Haupturtheils zu dem Präclusivdecret, und die einfachbescheidliche Natur des von ihm vorausgesetzten Haupturtheils seine Schlüsse baut, so ist ersteres einmal irrelevant, weil es jedenfalls — und darauf kommt es an — eine materiell entwickelte Folge darstellt, zudem unrichtig, denn das Beweis- oder Endurtheil in contumaciam ist nicht reine Folge, es ist nicht mehr und nicht weniger Folge der Präclusion als andere Haupturtheile Folge der Nichtvorschützung unbekannter Einreden ꝛc. sind; es ist's, wie diese, sofern es nicht so lautet, wie es bei nicht erfolgter Präclusion lauten würde; es ist's nicht, hier wie dort, sofern seine positive Grundlage nicht die Versäumniß bildet, sondern wesentlich das von der andern, und das etwa auch von der verletzten Partei wirklich Vorgebrachte in Verbindung mit den durch Fiction gewonnenen Surrogaten des Versäumten. Ob es ein einfaches Decret ist, scheint mir gar nichts zu releviren, denn Einfachheit oder Decisivnatur eines Decrets ist nur der Remonstration gegenüber von faßbarer Bedeutung, und eine Cumulation der Restitution und Remonstration in der von Seuffert beliebten Weise ist, wie schon S. 13. gezeigt wurde, nicht construirbar.

Die Ansicht Bolgiano's ist wohl hauptsächlich dem Bedürfniß entsprungen, das seine Beschränkung der rest. c. sent. für andere als Endurtheile erzeugen mußte. Sie hat wohl die Inconsequenz der vorigen Ansicht in Bestimmung des Verhältnisses von Contumacial- und andern Urtheilen vermieden, im Uebrigen alle oben für meine Ansicht

gegebenen Gründe gegen sich. Das ist freilich richtig, daß die Rechtskraft des Urtheils an sich nicht im Wege stünde, denn es liegt ja im Begriff der Rechtskraft, daß sie außerordentliche Rechtsmittel nicht hindert, und zu diesen gehört, wie schon oben gezeigt wurde, die Incidentrestitution jedenfalls. Aber damit ist natürlich nicht bewiesen, welche rechtskräftige Sentenzen darunter fallen; das muß aus der individuellen Formulirung des Rechtsmittels im Gesetz erkannt werden, und diese ist mit der Ansicht Bolgiano's nicht verträglich. — Allerdings ist zuzugeben, daß Zweckmäßigkeitsgründe eher zu letzterer Ansicht hinneigen, daß insbesondere die zwischen den beiden Rechtsmitteln noch vorhandenen Unterschiede in der Restitutionsfrist und im Verfahren eine Gleichstellung aller Restitutionen während des Processes gegenüber der Restitution nach dem Proceß empfehlen würden, aber das ist kein Grund, der sich für oder gegen bestehendes Recht anführen läßt. —

Gegen seine Ansicht ist noch ein guter Grund aus dem gemeinen Rechte erbringbar, indem bezüglich der Begriffe „Principal-" und „Incidentrestitution" die Anm. S. 540 auf Oddus Sforzia de rest. I. qu. 34. art. 4. verweisen wo mit den deutlichsten Worten der Restitution gegen Interlocute der Incidentcharacter abgesprochen wird.

Die Verlegenheit, in die seine Ansicht über den Umfang der rest. contra sent. ohne Erweiterung der Incidentrestitution geräth, ist für mich nicht vorhanden, indem ich die für erstere statuirte Beschränkung als unhaltbar darthun werde; ebensowenig Verlegenheit bereitend ist das von ihm S. 235 angeführte Beispiel, denn hier liegt offenbar auch nach meiner Ansicht rest. contra lapsum termini vor, aber nur nicht, weil diese gegen alle Incidentbescheide, sondern weil sie gerade gegen diesen sich richten läßt, welcher ja die Läsion in keine materielle Phase führt, sondern nur das von dem Präclusivdecret für einen Fall Ausgesprochene allgemein ausspricht, die Unzulässigkeit weiteren Vorbringens seitens der Parteien, ein Ausspruch der begreiflich mit dem Beweis einer entschuldbaren Versäumniß von selbst fällt.

§. 13.

2) Beschaffenheit der Läsion.

Wie uns die verhergehenden Ausführungen lehrten, ist der Kern der zur rest. contra sententiam tauglichen Läsion eine Präclusion,

und zwar eine solche, die im frühern Proceßstadium die rest. contra lapsum term. rechtfertigte, nur materieller entwickelt und in einer Sentenz dargestellt.

Dieselbe erscheint ihrer Natur nach als Hemmniß der Parteithätigkeit in Wahrung ihres Rechts, also sofern diese Thätigkeit resp. ihr Inhalt, die Parteibehauptungen, der wesentliche Bestandtheil eines dem materiellen Rechte entsprechenden Urtheils sind, zugleich als Hemmniß des materiellen Rechts.

Dadurch ergibt sich die große Kluft zwischen diesem außerordentlichen Rechtsmittel, das eine Umwandlung formellen Rechts in materielles Recht bezweckt und dem ordentlichen der Appellation, deren nothwendiges Erforderniß ein durch Verstoß des Richters gegen Rechtsnormen entstandener Nachtheil ist, als deren Zweck demnach die Herstellung formellen Rechts erscheint.

Die in der Präclusion ausgedrückte Macht der Form bildet also das strenge Recht, gegen dessen Uebergriffe die Partei Hülfe sucht; keineswegs aber besteht dasselbe in der Rechtskraft des Urtheils (Seuffert Comm. IV. S. 180, Klee die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand g. rechtskr. Urth. S. 12), die in der That nur eine den ordentlichen Rechtsmitteln gegenüber wirkende Bedeutung hat, und die zwar stets mit Stellung des Restitutionsgesuchs vorhanden ist, nicht jedoch weil dieses Gesuch von ihrer Existenz bedingt wäre, sondern vielmehr weil es ihre Existenz — wo sie nicht schon vorliegt — begründet.

Im Gebiete der Restitution gegen Fristversäumnisse bestand uns die Läsion in der Versäumung einer Parteihandlung, die zur Wahrung ihres Rechts dienlich war. Suchen wir den Kern solcher Parteihandlungen — und der Gegenstand der Läsion liegt klar vor uns, wie ihn das Gesetz für die rest. contra sent. verlangt. Wenn wir dabei den Zweck nicht aus dem Auge verlieren, den eine Parteihandlung vor dem Urtheil verfolgt, so müssen wir scharfe Gränzen zwischen dem wesentlichen und unwesentlichen Inhalt derselben ziehen und nur dasjenige jenem unterstellen, dessen Beibringung zur Begründung einer richterlichen Ueberzeugnng vom Gesetz ausschließlich den Parteien auferlegt ist. Nur die Versäumung so gearteten Stoffs kann eine Verletzung der Partei hervorrufen, alles übrige daher rest. contra

sent. nicht rechtfertigen. Dieser Bestandtheil der Proceßhandlungen ist aber nichts anderes als die faktische Grundlage des Urtheils, enthält somit thatsächliche Behauptungen und Beweismittel, oder wie das Gesetz sagt, nova in facto.

Durch solche Begränzung ist einestheils den schädlichen Folgen der Präclusion, anderseits aber willkührlichen Anfechtungen eines Urtheils in angemessener Weise Einhalt gethan.

I. An sich betrachtet ist die Läsion bei rest. contra sent. durch folgende Merkmale gekennzeichnet:

1. Sie muß in einer Präclusion resp. Nichtberücksichtigung thatsächlichen Stoffs bestehen. Nur dieser Theil aus der Fülle der in den Parteihandlungen enthaltenen Asserte vermag einen rechtlichen Einfluß auf's Urtheil zu äußern, allen andern steht, wenn sie auch faktisch die mögliche Veranlassung eines günstigen Spruchs sind, eine rechtliche Bedeutung nicht zu, weil ihre Benützung entweder vom Gesetz dem Richter geboten ist oder weil sie als völlig irrelevant erscheinen in Bezug auf die richterliche Ueberzeugung. Aus letzterm Grunde ist z. B. eine unterlassene captatio benevolentiae des Richters höchst untauglich zur Begründung der Restitution, aus ersterem aber muß all' dasjenige wegfallen, was in's Gebiet gesetzlicher Norm fällt; denn der ganze Gesetzescomplex eines Landes ist der officielle Anhaltspunkt des Richters bei Beurtheilung eines Rechtsstreits und der ausdrücklichen Hinweisung der Parteien nicht bedürftig. Eine Verletzung, die sich daher im Urtheil wegen Außerachtlassung oder Mißdeutung eines Gesetzes zeigt, ist keine Folge der Präclusion und daher zur Restitution ungeeignet. Stürzer C. Pr. V. S. 815, Anm. z. G. O. XVI. §. 1 n. 2, Gönner, Handb. III. S. 501, Klee a. a. O. S. 32 ff.

Die einzig zulässigen Asserte sind Thatsachen und Beweismittel. Sie bilden recht eigentlich die von den Parteien beizubringende Grundlage ihrer Ansprüche und Gegenansprüche und damit des Urtheils und sind mit Rücksicht auf die Herrschaft des Verzichts im Privatrecht nur soweit zu berücksichtigen, als sie von den Parteien allegirt wurden, daher gerade in ihrer Unterlassung die Nachtheile der Präclusion bestehen.

Dieser thatsächliche Stoff ist von der Art, daß er seiner Natur nach entweder in die Periode des Schriftenwechsels oder des Beweisverfahrens paßt:

a) In die erste Categorie gehört die ganze Summe von Einreden, Repliken und Dupliken. Die gemeinrechtliche Streitfrage, ob Einreden durch Restitution nachgeholt werden können trotz entgegenstehender Präclusion (Gensler, gedruckte Dictate zu Martins Lehrb. des C. Pr. §. 285, Riedesel Vortr. an den vollen Rath des R. K. G. S. 159, Linde Handb. des C. Pr. V. S. 504, Bickell in der Churhess. Zeitschr. S. 175) wird von den meisten Schriftstellern mit vollstem Rechte bejaht mit Rücksicht theils auf den allgemeinen Ausdruck des G. B. von 1669, theils auf die Erwägung, daß ja eben die Präclusion durch die Restitution aufgehoben werden soll. Der ebenso allgemeine Ausdruck der G. O., die Anmerkungen dazu S. 541 und die constanteste Praxis läßt keine Zweifel darüber zu, daß von solcher Beschränkung auch nach bayerischem Recht keine Rede sein kann.

Was die Nachholung von Klagsasserten anlangt, so ist all' das auszuschließen, was nicht als Bestandtheil des anhängigen Rechtsstreits erscheinen, nicht dem Klagspetitum unterlegt werden kann; denn die Restitution hat nicht den Zweck, einen neuen Streit zu schaffen, sondern vielmehr den alten, das Streitverhältniß, wie die bisherigen Verhandlungen es ausweisen, in bessere Beziehung zu den Forderungen der aequitas zu setzen; daher ein selbständiger Klagegrund auf diesem Wege nicht geltend gemacht werden kann. Seuffert Comm. IV. 182, Bickell a. a. O. S. 172, Gönner Handb. III. §. 10.

Zu neuen Thatsachen rechne ich aber auch nach dem oben vertheidigten Princip der Läsion eine negative Litiscontestation, wenn die Exceptionsschrift versäumt und in contumaciam affirmative Litiscontestation des Beklagten fingirt wurde G. O. V. §. 10 n. 1.

b) In die zweite Classe gehören vornehmlich die Beweismittel, denn auch sie sind, den Thatsachen angefügt, die factische Grundlage des Urtheils; und auch hier ist keinerlei Schranke erkennbar (auch nicht bezüglich neuer Zeugen G. O. X. §. 19, Klee a. a. O S. 25) sodann aber auch Thatsachen, sofern der Beweissatz so generell lautet, daß er nicht nothwendig von jedem Beweismittel ausgefüllt wird, sondern sich in einzelne zu erweisende Thatsachen zerlegen läßt. Seuffert comm. IV. S. 182.

Zum thatsächlichen Stoffe wird auch all' das gezählt, was seinem

Wesen nach zwar gesetzliche Norm ist, aber keine solche, die als publicirtes Recht des Landes resp. Orts gilt, wo der Streit verhandelt wird. Wie es von vorn herein Sache der Parteien ist, Particularstatuten, locale Gewohnheitsrechte anderer Bezirke anzuführen, so ist auch die Berufung darauf im Wege der Restitution nicht unzulässig. Bickell a. a. O., Gönner a. a. O. S. 502, Linde Handb. V, S. 281, G. O. Anm. zu IX. §. 3 n. 2. Bei Particularstatuten ist jedoch die natürliche Beschränkung festzuhalten, daß sie nur soweit res facti sind, als ihnen die landesherrliche Promulgation mangelt Bl. f. R. A. VI. S. 388, Anm. d. Redaction; daß sie übrigens im Lauf der Zeit, obwohl vom Landesherrn promulgirt, die Eigenschaft von res facti erhalten können, wie in erwähnter Nachschrift der Bl. f. R. A. behauptet ist, bezweifle ich sehr, da sie, sofern nicht Gewohnheitsrecht ihnen derogirt, geltendes Recht bleiben, das in vollem Umfang dem Richter zu Gebot stehen muß.

2. Die thatsächlichen Asserte müssen neu sein d. h. in Folge der Präclusion den Acten nicht einverleibt. Seuffert Comm. IV. S. 181. Nur so viel liegt in dem Begriff eines Novum, keineswegs aber schon eine Hinweisung auf einen bestimmten Zeitpunkt der Auffindung wie Stürzer C. Pr. V. S. 814 u. Klee a. a. O. S. 14. im Sinn des Gesetzes gelegen finden. Die Hinweisung auf die Zeit ihrer Entdeckung ist Bestandtheil des Restitutionsgrunds. Das bestätigen die Anmerkungen deutlich, indem sie als Gegensatz die noviter recocta nennen, d. h. dasjenige, was bereits früher schon vorgebracht war und jetzt nur vielleicht in weiterm, verführerischerm Gewande auftritt. Dieses ist natürlich nicht zuzulassen.

Alles Thatsächliche anderseits, was zwar in den Acten noch nicht enthalten, aber auch nicht präcludirt ist, hat den Weg der Restitution nicht nöthig; ich zähle dahin namentlich dasjenige factische Material, dessen Außerachtlassung eine unheilbare Nichtigkeit begründet, denn dessen Nachholung ist der Nullitätsquerel vorbehalten. Will freilich eine Partei den Restitutionsweg dafür einschlagen, so steht ihr begreiflich nichts im Wege, sofern nur, was allerdings denkbar ist, die Voraussetzungen der Restitution gegeben sind. vgl. Anm. z. G. O. c. XVI. §. 2.

II. Die Gestalt, in welcher diese Präclusion sich ausprägt, ist vom Gesetz allgemein als sententia bezeichnet.

Im Anschluß an die Allgemeinheit dieses Begriffs haben die bayerisch rechtlichen Schriftsteller bisher nicht allein Endurtheilen, sondern auch Beweisinterlocuten (Seuffert comm. IV. S. 203 Nr. 72.) und selbst einfachen Decreten (Klee die Wiedereinsetzung i. d. v. St. S. 13) als etwas Selbstverständliches die Fähigkeit vindicirt, Gegenstand der rest. contra sententias zu sein, ohne sich freilich mit einigen bei dieser Frage auftauchenden Schwierigkeiten auseinandergesetzt zu haben.

Gegen diese Ansicht hat nun in neuester Zeit Bolgiano in den den Bl. f. R. A. Bd. XXVIII. S. 49 ff. 65 ff. opponirt und die Beschränkung der rest. contra sent. auf Endurtheile für das gemeine wie bayerische Recht durch eine beträchtliche Zahl von Gründen zu erweisen versucht, und Steppes stimmt seinen Ausführungen in einer Nachschrift Bl. f. R. A. XXVIII. S. 257 ff. vollkommen bei.

Mir ist es nicht möglich geworden, die Richtigkeit dieser neuen Theorie einzusehen. Es kennt vielmehr m. E. weder das gemeine noch das bayerische Recht die von Bolgiano statuirte Schranke.

1) Gemeines Recht.

Das römische Recht kennt, wie wir schon oben sahen, die rest. contra sent. nicht als ein außerhalb der allgemeinen Restitutionslehre stehendes Rechtsmittel mit selbständigen Voraussetzungen, sondern nur als einen der vielen unter jenes große Gebiet gehörigen Fälle, wobei einzig die Anwendung der generalis clausala erschwert wird. Savigny Syst. VII. S. 127 ff. Es erwähnt freilich nur Beispiele von Restitutionen gegen Endurtheile, allein einfach deßwegen, weil bis dahin alle dafür relevanten factischen Momente vorgebracht werden konnten l. 2. C. 7. 50, l. 4. C. 8. 36 (auch noch nach canonischem Rechte, dessen von Bolgiano allegirten Bestimmungen daher nichts beweisen), und zudem das Endurtheil der einzige die eigentliche Streitfrage berührende Bescheid war Keller röm. Civilpr. S. 271, nicht aber etwa deßwegen, weil erst mit Verlust des Processes eine Restitutionsverletzung vorliege; denn es steht fest, daß das römische Recht auch Läsionen für tauglich anerkannte, die keine Vermögensverletzung enthielten l. 8. C. 7. 64. l. 6. D. 4. 4. u. a. m.

Diesen letztern Satz hat das Reichsrecht dem veränderten gerichtlichen Verfahren entsprechend ausgebeutet, indem es ihn auf die vielfachen processualen Versäumnisse anwandte (rest. contra lapsum ter-

mini) D. A. v. 1600 §. 86 und auch die Zulässigkeit der rest. contra interlocutoriam in §. 138 aussprach. Eine rechtliche Totalgestaltung zweier sich gegenüberstehenden Rechtsmittel der Restitution als Principal- und Incidentrestitution kennen die Gesetze nirgends, sie lassen vielmehr die allgemeinen Grundsätze über Restitution auch auf sie wirken und statuiren nur in einzelnen Punkten Besonderheiten, die aber nicht auf den von Bolgiano behaupteten Gegensatz schließen lassen. So kann die Kürzung der Restitutionsfrist in §. 86 lediglich auf Fristversäumnisse bezogen werden, und sicherlich nicht auch auf rest. contra interlocutoriam, da hier nach dem oben bewiesenen Stabilitätsprincip das lädirende Ereigniß nie die Versäumung einer Frist sein konnte und die Formulirung der gekürzten Zeitgröße gar nicht anwendbar war. So ist ferner für Restitution gegen Interlocute durch facultative Gewährung summarischen oder articulirten Handels in §. 138 eine Besonderheit normirt, die sie weder der rest. c. lapsum term. (summarisches Verfahren) noch der rest. contra definitivam (articulirtes Verfahren) einverleibte. So ist die Bestimmung in D. A. 1533 §. 4. K. G. O. 1555 III. T. 52 für Definitivsentenzen berechnet, indem sie eine ungerechtfertigte Hemmung des Vollzugs durch Restitution ausschließt; ebenso ursprünglich die Bestimmung des G. B. v. 1669 über Novenrestitution, da ein Beweisinterlocut in unserm Sinne im kammergerichtlichen Proceß nicht vorkam v. Bayer Vortr. S. 748 ff. während sie seit Einbürgerung der Beweisinterlocute des sächsischen Rechts ohne Zweifel auch auf diese bezogen werden muß.

Man kann für das gemeine Recht nur sagen: Jede, auch processuale Läsion begründet Restitution, nachtheilige Endurtheile sowohl als Interlocute und Fristversäumnisse; die rechtliche Gestaltung ist für alle Fälle die gleiche, soweit nicht für specielle Punkte eine gesetzliche Besonderheit besteht; keinenfalls statuirt das gemeine Recht sei es ausdrücklich, sei es als Consequenz der bestehenden Besonderheiten eine rest. contra sententiam als technische Bezeichnung der Restitution gegen Endurtheile. —

Die Theorie hat sich allerdings in Aufstellung von Gegensätzen gefallen, aber freilich ganz und gar nicht im Sinne Bolgiano's; der schon früh auftauchende Gegensatz von Incident- und Principalrestitution wird von der bedeutendsten Autorität in unserer Lehre, Oddus

Sforzia zu einer Gleich- und nicht Gegenüberstellung von Restitution gegen Interlocute und Endurtheile gebraucht vgl. darüber Nr. 2; und so wird auch von Moser R. H. G. Praxis S. 374, Riedesel Vortr. an d. vollen Rath d. R. K. G. II. §. 2, in neuerer Zeit von Gensler im civ. Arch. Bd. IV. S. 118 u. a. die Restitution gegen Interlocute wie Endurtheile als rest. contra sententias erklärt, ohne daß sich in alter oder neuer Zeit dagegen Opposition erhoben hätte.

2. Ebensowenig ist die Ansicht Bolgiano's für das bayerische Recht haltbar. Schon oben wurde die eine Seite der vorliegenden Frage durch den Nachweis erledigt, daß eine Restitution gegen ein Beweisinterlocut, überhaupt gegen eine Sentenz, welche die ursprünglich formale Läsion materieller entwickelt darstelle, dem c. XVI. §. 1. n. 11. nicht könne unterstellt werden.

Hier öffnet sich die andere Seite der Betrachtung, ob nämlich Interlocute durch die in n. 1—10 geregelte rest. contra sententias umgestoßen werden können oder ob für dieselben ein selbständiges außerordentliches Rechtsmittel überhaupt nicht existire.

a) Ist es gleich außer Zweifel, daß an sich der Gegensatz von principaliter und incidenter sehr wohl an einen Ausschluß aller während des Processes ergangenen Urtheile aus dem Gebiet der mit der Principalrestitution identischen rest. contra sententias denken läßt, so ist doch diese Auffassung nicht nothwendig und wird geradezu unmöglich gemacht durch Kreitmayer's ausdrückliche und ausschließliche Hinweisung auf Oddus Sforzia de rest. in int. p. I. q. 34 art. 4. n. 24. ff. wo in n. 27 der Sinn der Definition des Commentators S. 540 „in judicialibus gegen eine Sentenz als ein ordentliches remedium juris“ völlig klar durch die Worte erläutert wird: „et idem quod, quando petitur adversus interlocutoriam, que transivit in rem judicatam, dicatur principaliter non incidenter peti restitutio, plene deducit de communi J. B. Ferrer.“ Vollkommen übereinstimmend ist Moser a. a. O., der in manchen hiemit in Zusammenhang stehenden Theilen unserer Lehre fast wörtlich benützt wird, indem er der rest. contra lapsum termini in cap. VII. §. 1 und 2 die Aufhebung eines außerdem rechtskräftigen Bescheids oder Urtheils gegenüberstellt. Die übrigen von Kreitmayr zu cap. XVI. §. 1 allegirten Communisten stehen damit zum Mindesten nicht in Widerspruch, so wenig wie das bayerische Proceßgesetz von 1616 t. 10. a. 2.

(und Schmid's Commentar dazu) — wo die Restitution eben nur nebenbei und soweit berührt ist, als sie ein Hinderniß der Execution sein kann, abgesehen davon, daß die Anm. zu G. O. c. XVI. die Autorität jenes Gesetzes nur in wenigen und von unserer weit abliegenden Fragen citiren.

b) Aber auch die Bezeichnung unserer Restitution als rest. contra sententias spricht gegen Bolgiano; denn der Ausdruck sententia ist nicht ein specifischer Name des Endurtheils, sondern nach G. O. c. XIV. §. 1. der allgemeine Name für jedes richterliche Decret, Endurtheile wie Incidentbescheide. Wollte der Gesetzgeber eine Abweichung vom gemeinen Rechte, von der ganz unzweideutigen Theorie des Hauptgewährsmanns Oddus statuiren, so durfte er doch gewiß nicht einen Ausdruck gebrauchen, der nach seiner gesetzlichen Bedeutung die vollkommenste Uebereinstimmung mit demselben enthält.

c) Auch das weitere Erforderniß einer Alteration der Hauptsache durch nova ist ebensowohl auf End- als Beiurtheile anwendbar. Es ist damit die Läsion in der That materiell gefaßt, aber keineswegs als wirklicher Nachtheil wie es in der Construction der Restitution wegen Minderjährigkeit und Nachlässigkeit des Anwalts geschieht, sondern nur als ein aus dem rein processualen, formalen Bereiche herausgetretener, bereits in Beziehung zum Klagsanspruch gestellter; und ein solcher kann offenbar auch in Interlocuten dargestellt sein, da auch sie die Hauptsache berühren können. G. O. XIV. §. 1.

d) Es möchte scheinen, als stehe mit meiner Auffassung das weitere Erforderniß eines Beweises der nova in Widerspruch — und in der Betonung dieses Punktes liegt der Schwerpunkt der Ausführungen Bolgiano's. „Ein Beweisurtheil ergeht auf angegebene Thatsachen und kann folglich durch bloße Angabe von Thatsachen geändert werden; also setzt das Erforderniß bewiesener Thatsachen ein Endurtheil voraus." Das ist eine Argumentation, die jedenfalls auf den ersten Anblick hin besticht, — ohne freilich bei näherem Eingehen Stich zu halten.

Angenommen selbst, es lasse sich das genannte Erforderniß zu Gunst der Interlocute nicht verwerthen, würde ich dem Gewicht der von a—c für meine Ansicht geltend gemachten Momente gegenüber es für vorzüglicher halten, statt sich in Conflict mit den letztern zu

begeben, — an der umfangreichern Zulassung der rest. contra sent. festzuhalten und die Wirksamkeit jenes Gebots auf die Fälle beschränken, wo der äußere Schein es rechtfertigt, also auf den Fall der Restitution gegen das Endurtheil. Es wäre das gewiß eine restrictive Interpretation von bescheidener Art, die nur das eine Bedenken hätte, daß sie dem Gesetzgeber eine Bestimmung zumuthet, die sich aus der Cumulation von judicium rescindens und rescissorium als selbstverständlich ergibt, also völlig überflüssig erscheint.

Allein auch dieses Nothbehelfs können wir uns entschlagen. Es liegt vielmehr dem Erforderniß des Beweises auch für den Fall einer Restitution gegen ein Beweisinterlocut ein höchst angemessenes, gesetzgeberisches Motiv zu Grunde, nämlich der Gedanke, daß alles Thatsächliche, was im Wege der Restitution nachgeholt werden will, ehe man ihm irgend einen modificirenden Einfluß auf das verletzende Urtheil beimessen darf, erst seine processuale Lebensbahn bis zur letzten Stufe der Entwicklung zu durchlaufen habe, damit nicht bei nachträglicher Verunglückung des Beweises die ertheilte Restitution sich als zwecklos erweise. Die von Altersher Judicaten zugeschriebene besondere Weihe war dem Gesetzgeber genügender Bestimmungsgrund, an die Aenderung eines Urtheils ein weitergehendes Erforderniß zu stellen als an seine Erlassung, und die Rücksicht auf Verhütung von Proceßverzögerungen stimmte ganz damit überein.

Daß dies in der That vom Gesetzgeber so gewollt war, wie der Ausdruck lautet, wird vollkommen klar, wenn wir zur Quelle dieser wie der umgebenden Bestimmungen zurückgehen, nämlich zu dem in den Anm. zu §. 2 mehrfach citirten und zur Erläuterung wörtlich abgeschriebenen Verfasser der Grundsätze der Reichshofraths-praxis VII. Buch Cap. VII. §. 12—14, welcher, obgleich er ausdrücklich in §. 1 die rest. contra sent. auch Interlocuten gegenüber zuläßt, doch allgemein in §. 13 eine gehörige Bescheinigung der neuen Umstände mit Stellung des Restitutionsgesuchs fordert vgl. auch §. 28. Unter dem Einfluß dieser zweifellosen Steigerung der Restitutionserfordernisse ist unsere Bestimmung in §. 2 in's Leben getreten, nur in einer noch strengern, aber deßwegen angemessenern Fassung, weil sie eine Halbheit und Weitläufigkeit, wie sie das Doppelte vorgängiger Bescheinigung und nachherigen vollen Beweises mit sich brachte, glücklich vermied.

e) durch diese Ausführungen erledigt sich auch vollständig, was Bolgiano S. 66 aus der Vorschrift über den Suspensiveffect der Restitution in Nr. 7 und der Verordnung v. 24. Sept. 1766 für seine Ansicht folgert.

Das Erforderniß bewiesener nova verrückt nämlich den Sitz der Hauptsache aus seiner naturgemäßen Lage für die Fälle der Restitution gegen Beweisinterlocute, indem die Hauptsache offenbar als die Lage des Streits zu bezeichnen ist, in welche das auf der erforderlichen processualen Stufe stehende, hier also das bewiesene novum hineinpaßt und demgemäß nicht rückwärts, sondern vor dem zu ändernden Interlocut, nämlich im Stadium des Beweisverfahrens liegt, so daß an die darin gewonnenen oder zu erzielenden Resultate der Prüfstein angelegt wird, ob das novum zu einer merklichen Alteration führt oder nicht. Die damit von selbst gegebene, zudem in n. 9 ausdrücklich ausgesprochene Nothwendigkeit gleichzeitiger Fortführung des Hauptstreits enthält die deutlichste Negirung des Suspensiveffects (dieß gegen Seuffert comm. IV. S. 199) und es konnte nur mehr das Verhältniß der Restitution gegen Endurtheile zur Execution einem gegründeten Zweifel unterliegen, dessen Beseitigung denn auch die G. O. in c. XVI. §. 2. n. 7 und die alleg. Verordnung sich vorgesetzt hat. Die Inconvenienzen, die Bolgiano S. 67 an die ihm entgegenstehende Ansicht heftet, sind also nicht vorhanden.

Daß die allerdings nur für Endurtheile gelegentlich gegebenen Beispiele der Anm. S. 541 das Resultat der vorstehenden Erörterungen nicht zu schwächen vermögen, bedarf wohl kaum der Erwähnung.

Hiemit glaube ich den vollen Beweis für die Zulässigkeit der Restitution des c. XVI. §. 1. auch gegen Interlocute erbracht zu haben (auch ohne die Beihülfe von G. O. c. XIII. §. 3. n. 6, deren Inhalt zwar natürlich mit der hier vertheidigten Ansicht in bestem Einklang steht, sich aber auch mit der Theorie Bolgiano's vertrüge, da die Rücksicht auf Vermeidung falscher oder überflüssiger Eide bei Urtheilen auf einen Notheid gewiß eine — freilich hier durchaus nicht als solche auftretende — Ausnahme rechtfertigen würde.)

Hat nun auch die Beschränkung der restitutio contra sent. auf Endurtheile keine Berechtigung, so ist doch auf der andern Seite der Ausdruck sententia nicht vollkommen schran-

kenlos, sondern der Natur der Sache nach nur so weit gehend, als das Wesen der Restitution es zuläßt, daher sich folgende Modificationen statuiren lassen:

1. Die Restitution ist nur gegen solche Sentenzen möglich, welche durch neuen thatsächlichen Stoff abgeändert werden können. Darin liegt ein Doppeltes:

a) Es sind alle Sentenzen ausgeschlossen, deren Aenderung nicht durch Beibringung einer Thatsache, sondern nur durch Nachholung der die Thatsache in sich enthaltenden Handlung erfolgen kann, denn die Handlung ist kein novum in facto, sondern ein novum in processu. Solche Sentenzen stehen noch im Gebiet der Form und fallen mit der allein zulässigen rest. contra lapsum termini. Dahin gehören die Präclusivdecrete, auch die ewiges Stillschweigen auflegenden Erkenntnisse.

b) Unbrauchbar ist ferner jede Sentenz, deren Aenderung durch neue Thatsachen unmöglich ist. Von diesem Gesichtspunkt schließe ich jene Sentenzen aus, welche zu ihrem Gegenstand ein antiquum als solches oder besser eine bestimmte Qualität eines antiquum haben. Dahin gehören die oberrichterlichen Decrete über Devolubilität einer Streitsache, sei es mit Rücksicht auf die summa appellabilis oder auf die Eigenschaft der Sache selbst, denn die hier maßgebenden Motive können offenbar nur aus der schon vorliegenden Gestalt der Sache abgeleitet werden. Moritz, die Wiedereins. in d. v. St. g. Urth. §. 36.

2. Die Restitution ist nur gegen Decrete möglich, welche die Hauptsache selbst berühren, daher fällt die ganze Classe der proceßleitenden aus, welche in der Streitfrage selbst nicht entscheiden, sondern nur die Bindemittel der verschiedenen processualen Stufen des Streits bilden.

3. Die Restitution ist nur gegen Sentenzen möglich, die überhaupt eine Verletzung enthalten können, unzulässig also gegen solche Bescheide, die ihrer Natur nach keine rechtlichen Nachtheile im Gefolge haben. Hieher gehören jene Decrete, welche nur eine provisorische Maßregel enthalten und nicht ein Recht, sondern nur dessen temporäre Ausübung entziehen, für die definitive Feststellung dagegen ein Nachverfahren offen lassen, z. B. die Sequestrationen, die in summario, namentlich in possessorio ergangenen Bescheide G. O.

c. XVI. §. 1. n. 1. Hier ist, wenn der Besitz dem Gegner zugesprochen wurde, ein Verlust des Rechts z. B. Eigenthums nicht eingetreten. Soweit freilich gerade in der provisorischen Entziehung der als Recht beanspruchten Ausübung die vom Imploranten behauptete Läsion besteht, ließe sich eine Gewährung der Restitution wohl rechtfertigen; wenn man aber dagegen bedenkt, daß das hiezu nöthige Erforderniß eines periculum in mora von einer laxen Jurisprudenz unschwer umgangen und der Zweck einer raschen Erledigung des summarischen Verfahrens von muthwilligen Parteien leicht vereitelt werden kann, dann sieht man gewiß mit größerem Rechte in der Bestimmung der n. 1. einen stricten Ausschluß jener Möglichkeit. — Keinenfalls hieher zu rechnen sind die im Concursproceß ergangenen Urtheile, da sie eine definitive Entscheidung der streitigen Rechtsansprüche enthalten. — Dagegen gehören die Sentenzen hieher, welche eine Klage in der angebrachten Art abweisen, indem der Geltendmachung desselben Anspruchs mit verbesserter factischer Grundlage kein Hinderniß im Wege steht. Seuffert IV. 181.

Einfache Decrete sind als solche d. h. weil sie ohne Vernehmung des Gegentheils erlassen wurden, nicht unfähig, der Restitution zu unterliegen, denn dieser Gesichtspunkt ist der Restitution vollkommen gleichgültig, da der Implorant ihn gar nicht für sich verwerthen kann, vielmehr gerade das im Bescheid liegende formelle Recht anerkennt also ihm jedenfalls durch Anstellung des Gesuchs dieselbe Kraft gibt, die er durch Verzicht auf die Remonstration resp. Verwahrung erhielte.

Diesen Beschränkungen innerhalb des Begriffs „sententia“ stelle ich zum Schlusse noch eine Erweiterung über diesen Begriff gegenüber. Während nämlich die G. O. c. XVI. §. 1. nur Sentenzen und Fristversäumnisse als Gegenstände der Restitution nennt, lassen sich doch Fälle denken, die äußerlich betrachtet weder der einen noch der andern Gattung angehören, namentlich wenn die nachtheiligen Folgen einer Handlung z. B. Eideszuschiebung, Eidesleistung, eines Geständnisses ex novis unwirksam gemacht werden wollen, vgl. Seuffert Comm. IV. S. 185. 202. Die Sache hat keine Schwierigkeit. In einem Theile solcher Fälle ist trotz der Handlung die Läsion keine weiter entwickelte, als sie vorher war, noch immer also z. B. die Präclusion von einer processualen

Handlung. Hier ist die darauffolgende Handlung für die Restitution vollkommen irrelevant. So geht auch nach der gerichtlichen Acceptation des zugeschobenen Eids die Nachholung neuer Beweismittel im Wege der rest. contra lapsum term. vor sich, denn als Läsion ist einzig der Ablauf der Beweisantretungsfrist erkennbar, die Acceptation des Eids hat diese Präclusion nicht in's materielle Gebiet gezogen, sondern eben nur die Anwendbarkeit des eventuellen Beweismittels für den Fall gewiß gemacht, daß die primären nicht taugen. In andern Fällen dagegen ist gerade die Handlung der Ausdruck einer materiellen Läsion wie im Falle der Eidesleistung und des Geständnisses und auch hiegegen verheißt die G. O. (freilich nicht in c. XVI. §. 1.) Abhülfe wegen nova (c. XIII. §. 2. n. 10, c. XII §. 1. n. 2.) Da nun die Restitution gegen eine Sentenz, wie wir sahen, nichts andres ist als die Restitution gegen die in ihr ausgeprägte materielle Läsion, also diese und nicht die Sentenz der rest. contra sent. ihre eigenthümliche Gestaltung gibt, so sind ihre Grundsätze auch nothwendig auf jene Handlungen anzuwenden, soweit die Natur der in diesen ausgeprägten Läsion es gestattet.

III. Verhältniß mehrerer materieller Läsionen.

Die Frage, gegen welche von mehreren Sentenzen die Restitution zu richten sei, wenn sich dieselbe Läsion nur weiter entwickelt durch mehrere hindurchzieht, ist nach obiger Darlegung des Beweglichkeitsprincips für das bayerische Recht nicht mehr schwierig, wenn auch die G. O. selbst der Beurtheilung keinen Anhaltspunkt bietet. Es ist eine dringende Forderung der Consequenz, die Läsion nicht auf halben Wege, und kaum in eine materielle Gestalt übergegangen — festen Fuß fassen zu lassen. Wie die Fristversäumniß mit dem darauffolgenden Urtheil aufhört, der Gegenstand der Restitution zu sein, so ist nach jedem ungünstigen Endurtheil das nun in Betracht kommende lädirende Decret nicht mehr das Beweisinterlocut, auch wenn eine Einrede nachgeholt werden will. Die immer materieller sich gestaltende Präclusion schafft auf jeder neuen Stufe des Streits eine neue Läsion, worin die Summe der Läsionen vom ersten Urtheil, ja von der Versäumniß der Frist an enthalten ist, die also der neue Gegenstand einer neu beginnenden rest. contra sent. wird, mit dessen Aufhebung die Läsion wie im Keim so in der Vollendung vernichtet wird, vorausgesetzt, daß nicht

der Ablauf des Restitutionsfatale vor der neuen Sentenz alle Restitution in Bezug auf die fragliche Präclusion unmöglich machte.

Nur so ist es vollkommen begreiflich, wenn die Anm. zu G. O. c. XVI. S. 541 und 542 nach gefälltem Enderkenntniß von Aufhebung der vorigen Sentenz sprechen; denn es handelt sich wenigstens im ersten Falle um Nachholung einer neuen Einrede, der exceptio solutionis (sonst könnte nicht der vollständige Beweis der Zahlung, des verlangt werden, da ja bei schon vorgebrachter Einrede und bloßer Neuheit der Proben eine bestimmte Summe von Beweisgründen bereits vorliegen kann, es also nicht unter allen Umständen eines vollen Beweises bedürfte). Wir müssen die erste Unklarheit „es thut sich hernach die Quittung hervor" durch die spätere Klarheit heben, dann haben wir eine gegen das Endurtheil gerichtete Restitution wegen einer neuer Thatsache.

Ueberhaupt wird auch nur so ganz erklärlich, warum das Gesetz allgemein von nova in facto spricht, und die beiden doch sehr in die Augen springenden Fälle derselben nicht auseinanderhält; — die Beschaffenheit des novum — sei es Thatsache, sei es Beweismittel — relevirt eben nichts für den unmittelbaren Gegenstand der Restitution, sondern lediglich das Alter oder besser die Jugend der Sentenz.

Es ist daher überflüssig, wenn mit der Restitution neue Thatsachen geltend gemacht werden wollen, nachdem bereits ein Endurtheil ergangen, um Rescission beider Erkenntnisse zu bitten wie Seuffert Comm. IV. 195. n. 48. will.

IV. Verhältniß der nova zur Hauptsache.

Nachdem die bisherigen Ausführungen theils die Präclusion theils die Sentenz an sich zum Gegenstande nahmen, stellt sich uns jetzt die Aufgabe vor, beide aneinander zu halten und zu sehen, welches Resultat ihre Vereinigung bieten muß, um zu Gewährung der Restitution zu führen.

1. Das präcludirte novum muß auf seiner höchsten processualen Entwicklungsstufe geeignet sein, die Hauptsache merklich zu alteriren. Die Erweisung dieses Satzes ist bereits in anderm Zusammenhang sub. II. erfolgt, weßhalb es hier genügt, den Satz zu erwähnen und diejenigen Erörterungen daran zu knüpfen, welche oben keine passende Stelle fanden. Die Bedeutung dieses Gebots ist wie wir sahen auf Restitution gegen Interlocute beschränkt,

die in Folge dessen einen Doppelcharakter annimmt, als naturgemäße Restitution gegen das erlassene Urtheil und als anticipirte gegen das als erlassen fingirte Endurtheil. — Für Beweismittel muß man sich hüten, aus jener Bestimmung das Requisit vollbeweisender Kraft zu ziehen. Auf sie ist der gleiche Gedanke anzuwenden, der in dem Erforderniß bewiesener Thatsachen liegt; nur bedurfte es bei ihnen keiner besondern gesetzlichen Bestimmung, da sie ihrer Natur nach einer processualen Weiterentwicklung nicht fähig sind, für sie ist nur das Requisit der Erheblichkeit von Belang, wonach sie das gegen den Lädirten vorliegende Beweisresultat entkräften oder einen unvollständigen Beweis ergänzen müssen. Stürzer C. Pr. B. S. 816.

Die Beweisführung rücksichtlich der neuen Thatsachen wird von den Meisten durch das Requisit erschwert, daß nothwendige Eide dabei ausgeschlossen seien. Stürzer a. a. O. S. 816, Seuffert Comm. IV. S. 184. 185. Mir scheinen für diese Behauptung die Worte „vollständiger Beweis" keinen Anhaltspunkt zu bieten, besonders wenn man sie im Zusammenhalte mit den Anmerkungen betrachtet, welche bloße Vermuthungen für nicht hinreichend erklären, „indem sonst kein Richter darauf sprechen und die vorige Sentenz wieder aufheben kann." Damit ist eben nur der Grund angegeben, warum ein Beweis der Noven, nicht aber warum ein solcher mit erhöhten Erfordernissen nothwendig ist; eben nur der Grund, der überhaupt eine Beweisführung im Civilproceß veranlaßt. In der That muß jeder Beweis, wenn er wirksam sein soll, vollständig sein, ohne Rücksicht freilich (die aber auch in unserm Fall nicht genommen ist), ob die primären oder subsidiären Beweismittel ihn geliefert haben.

Die ausdrückliche Ausschließung einer semiplena probatio durch die Anmerkungen kann begreiflich daran nichts ändern, indem sie nichts anderes als die Verwerfung bloßen Bescheinigens enthält. vgl. Klee a. a. O. §. 9.

2. Die Hauptsache muß in Folge der nova eine wesentliche Umgestaltnng erleiden. Die sub 1 gegebene Darstellung hat uns in den Beginn und Verlauf des Restitutionsprocesses eingeführt, indem sie die zu ändernde Hauptsache und ändernden nova präcisirte; jetzt ist es der Zielpunkt des Restitutionsverfahrens, welcher unserer Prüfung unterliegt und zu dessen Characterisirung die gesetzliche Forderung einer merklichen Alteration dient.

Die Theorie bietet eine ziemlich ausführliche Erörterung dieser Frage, vgl. Stürzer C. Pr. V. S. 817, Seuffert Comm. IV. 184, Plochmann Einl. in den bayer. C. Pr. S. 282, Klee §. 13. Man stellt gewöhnlich die Behauptung voran, daß damit das Erforderniß eines ganz andern Erkenntnisses gegeben sei, und knüpft daran eine reichhaltige Erläuterung an Beispielen, wobei die Hebung etwaiger Zweifel aus dem Worte „merklich" geholt wird. Während nämlich der Uebergang von Verurtheilung zu Entbindung und umgekehrt, von Entbindung zu Auflage des Ergänzungseids, von Verurtheilung zu Auflage des Reinigungseids, von einem nothwendigen Eide zum andern gewöhnlich (vgl. jedoch rücksichtlich des letztern Falls Plochmann a. a. O., Klee a. a. O. S. 37) für eine merk-Alteration gehalten wird, schließt man die Restitution aus, wenn statt Entbindung die Auflage des Reinigungseids an den Beklagten, statt Verurtheilung die Auflage des Ergänzungseids an den Kläger auszusprechen wäre.

Mir scheint, daß diesen Aufstellungen zum Theil der richtige Gesichtspunkt mangelt. So sehr es außer Zweifel steht, daß die Consequenzen einmal vorhandenen Rechts nicht aufgegeben werden dürfen, wenn nicht ein erheblicher Nachtheil beseitigt werden soll, daß also eine relativ geringe Aenderung im Umfang des Zu- oder Aberkannten keineswegs das außerordentliche Rechtsmittel der Restitution zu rechtfertigen vermag, so muß man sich doch hüten, da schon eine Aenderung oder die Gewißheit des Gegentheils zu sehen, wo erst eine diesem Ziele vorausgehende Zwischenstufe erreicht ist. Der Restitutionsproceß hat sein Ende nicht eher erreicht, bis der Stand der Sache auf demselben Höhepunkte der Entwicklung steht, auf dem er bei Stellung des Restitutionsgesuchs sich befand, — nur dann läßt sich entscheiden, ob die Hauptsache durch die nova eine andere werde. Alle vorausgehenden Resultate fallen in das dem Restitutionsurtheil vorausgehende Verfahren, selbst wenn es ein Urtheil wäre. Wenn es sich zeigt, daß statt Verurtheilung des Beklagten dem Kläger das suppletorium oder dem Beklagten das purgatorium aufzulegen ist, so ist damit die Hauptsache weder merklich alterirt noch auch nicht alterirt; erst wenn der Eid geschworen oder verweigert wird, liegt eine neue, der vorigen adäquate Hauptsache vor, welche die Grundlage eines mit dem zu rescindirenden auf gleicher Stufe stehenden Urtheils bildet.

In zweiter Reihe kommen sodann allerdings die von den genannten Schriftstellern hervorgehobenen Momente in Betracht, und erscheint demgemäß als merkliche Alteration der Fall, wenn statt Verurtheilung Entbindung auszusprechen ist und umgekehrt, ebenso aber, wenn statt des Ergänzungs- der Reinigungseid aufzulegen ist und umgekehrt, denn da beide Urtheile auf derselben Stufe des Processes stehen, nämlich das Resultat der primären Beweismittel entscheiden, so ist der Restitutionsproceß zu Ende; zudem setzt die Zulassung der andern Partei zum gegentheiligen Eide eine wesentlich andere Hauptsache voraus und enthält ein wesentlich anderes Ziel; ebenso wenn statt des Erfüllungseids oder Reinigungs- oder Haupteids die Entbindung oder Verurtheilung auszusprechen, oder statt des Haupteids der andern Partei ein nothwendiger Eid aufzulegen ist, nicht aber wenn derselben Partei, denn trotz der Verschiedenheit der vorausgehenden Sachlage ist doch der Gegenstand beider Eide, wie die Folge der Leistung oder Nichtleistung, also das Ziel ein wesentlich gleiches, demnach von merklicher Alteration keine Rede. Damit ist uns denn auch der Begriff der Erheblichkeit der nova genau gezeichnet, als diejenige Eigenschaft derselben, wonach sie — den Beweis bei Thatsachen vorausgesetzt — ein wesentlich anderes Urtheil auf gleicher Proceßstufe zu erwirken vermögen.

Mit der Darlegung der Alteration an End- und Eidesurtheilen ist auch zugleich die zu Restitution gegen Interlocute erforderliche Alteration gekennzeichnet, da hier die Hauptsache im Stadium des Beweisverfahrens liegt.

3. In einigen Fällen setzt die eigenthümlich feste Natur der Hauptsache der Zulassung neuen factischen Stoffs erhebliche Schranken. Die Bitte um Zulassung der nova kann nämlich offenbar nicht immer dann schon Erfolg haben, sobald nur gewiß ist, daß durch ihre rechtzeitige Beibringung ein anderes, weniger ungünstiges Resultat für den Imploranten erzielt worden wäre. Es darf vielmehr all' das nicht ignorirt werden, was schon bei den Acten liegt, und es müssen daher die neuen factischen Momente die Kraft besitzen, all' das Nachtheilige, was die Acten, sei es in Folge eigenen oder gegnerischen Vorbringens enthalten, zu bewältigen; denn nur so ist die Hauptsache alterirt. Das kann freilich für die verletzte Partei unwiderbringliche Nachtheile verursachen; allein eine Billigkeit, welche rücksichtslos das

Geschehene verkennt und um jeden Preis eingetretene Schäden heilen will, wäre eine Ungerechtigkeit auf Kosten wohlerworbener Rechte.

Wir begegnen solchen Schranken vorzüglich da, wo der neue Stoff in Beweismitteln resp. Thatsachen besteht, die in's Beweisverfahren gehören, da Kraft und Wirksamkeit der verschiedenen Beweismittel verschieden und auch ihre Anwendbarkeit einer gewissen Reihenfolge unterworfen ist. In letzterer Beziehung verdienen die Fälle der Restitution gegen geleistete Eide, in erster hauptsächlich der Fall der Restitution gegen ein Geständniß besondere Betrachtung.

a) die Zuschiebung des Eids wurde von dem römischen Rechte als Verzicht auf den behaupteten Anspruch unter der Bedingung der auf dessen Grundlosigkeit gerichteten Eidesleistung des Gegners behandelt l. 2. D. (12. 2), also nicht als Beweismittel, sondern vielmehr als ein vom Gesetz für zulässig erklärtes Mittel, sich vom Beweise zu befreien oder die Folgen einer resultatlosen Beweisführung von sich abzuwenden. Von diesem Standpunkt war es ganz consequent, daß die an den Eintritt der Bedingung geknüpften Nachtheile nicht durch das beseitigt werden konnten, dessen Anwendung durch Stellung der Bedingung ausgeschlossen war, ausgenommen natürlich durch den Beweis, daß ein Requisit subjectiver oder objectiver Verzichtsfähigkeit mangle. Demgemäß wurde auch dem Meineidsbeweis alle Wirksamkeit abgesprochen, da ja nur die Leistung des Eids der Inhalt der Bedingung war. l. 15. D. 44. 1, l. 21. 22 D. 4. 3. Die einzige Folge, — und sie unterliegt einem andern Gesichtspunkt, war die poena perjurii. Die in l. 13. C. 4. 1 enthaltene Ausnahme ist daher, da sich keine Aenderung des Princips erkennen läßt, entweder eine Bestimmung für den speciellen einen Fall, oder erscheint, wenn man sie verallgemeinert, nicht als rest. contra jus jurandum, sondern als Bestandtheil der den Meineidigen treffenden Strafe.

Letzterer Gesichtspunkt ist offenbar der C. C. C. vorgeschwebt, als sie dem Meineidigen Wiederherstellung des unrecht erworbenen Guts auferlegte, art. 107.

Bald aber machte sich eine Schwenkung nach einem andern Gesichtspunkt geltend, Anm. z. G. O. S. 432. a. g. E., und die bayerische G. O. sanctionirt ein neues Princip, indem sie die Auffassung als Verzicht verwirft und den Eid unter die gewöhnlichen Beweis-

mittel einreiht. Das ist nicht allein ausdrücklich in c. XIII. §. 2. a. A. ausgesprochen, sondern es ist auch der modifirende Einfluß auf einzelne gemeinrechtliche Lehren erkannt (vgl. in c. VII. §. 9. n. 2. wo abweichend vom gemeinen Recht die Zuschiebung des Haupteids dem Generalbevollmächtigten gestattet wird, über eine weitere Modification s. gleich unten). Freilich wird ihm eine abgesonderte Stellung als subsidiäres Beweismittel gewahrt („in defectu aliarum probationum") Anm. S. 433. d, G. O. c. XIII. §. 2. a. A. Da demnach der Eid nur geschworen werden kann, wenn keine andern Beweismittel vorhanden sind, so ist allerdings allen übrigen Beweismitteln jede Concurrenz mit dem Haupteid abgeschnitten, und es bildet die Leistung des Schwures also eine unumstößliche Fiction des Mangels primärer Beweismittel über den Satz, dessen Negative beschworen wurde. Allein die Eigenschaft des Eids als Beweismittels vermehrt die Requisite seiner Tauglichkeit. Da er nämlich hienach die Wahrheit oder Unwahrheit von Thatsachen zu erproben hat, so muß nothwendig der Schwörende nicht allein eidesfähig sein und sein Eid auf einen die Eidesleistung überhaupt duldenden Satz gerichtet, sondern er muß auch wissen, was er beschwört, und schwören, wie er die Sache weiß. Das sind einerseits in der Beweismittel-Natur liegende, dazu aber von der G. O. selbst anerkannte Erfordernisse. Das letztere durch c. XIII. §. 2. n. 10, indem sie ausdrücklich auf Meineidsbeweis hin die Restitution zusagt. Aber auch jenes liegt offenbar im Geiste der Bestimmungen, die den Credulitätseid ausschließen und die Nothwendigkeit guten Wissens von der zu beschwörenden Thatsache zu wiederholten Malen besonders betonen und an den Mangel eines solchen die Wirkungslosigkeit des Eids knüpfen, c. XIII. §. 2. n. 2. 8. Der zweifellos in diese Categorie gehörige Beweis des Irrthums kann nun aber nach dem Obigen nicht mit dem Beweis der Unwahrheit des beschworenen Satzes zusammenfallen, sondern nur auf eine unrichtige Meinung rücksichtlich eines solchen thatsächlichen Moments gerichtet sein, welches den Schwörenden erweislich zum Glauben an die Wahrheit des beschworenen Satzes wesentlich bestimmte. Dadurch macht er das Beweismittel selbst untauglich und ermöglicht nun die Zulassung neuer Beweismittel rücksichtlich der Unwahrheit der beschworenen Thatsache. Es begreift sich indeß, daß bei der Natur obigen, auf etwas rein Innerliches gerichteten Beweises fast nur das Geständniß des Schwörenden zur Restitution benützt werden kann.

Daß die G. O. die ausdrückliche Gestattung der Restitution im zuletzt besprochenen Falle unterläßt, hat seinen Grund darin, daß sie nach der Betonung des maßgebenden Gesichtspunkts sich von der namentlichen Aufnahme aller Folgen der Principwandelung füglich entbinden konnte. Daß sie es auch wollte, beweist gerade die Fassung der auf die Restitution wegen Meineids bezüglichen Worte, wonach als eigentlicher Zweck des c. XIII. §. 2. n. 10 a. E. die Erwähnung der criminellen Folgen erscheint, die Restitution dagegen nicht statuirt, sondern als nach den normalen Restitutionsbestimmungen zulässig vorausgesetzt wird.

Vergl. über die ganze Frage Bl. f. R. A. XVII. S. 145—153, worin jedoch unrichtig der gemeinrechtliche Standpunkt auch für das bayerische Recht festgehalten ist.

b) Ganz nach diesen Erörterungen richtet sich die Beantwortung der Frage, an welche Voraussetzungen die Restitution gegen einen für geleistet erklärten Eid geknüpft ist. Bl. f. R. A. XXII. S. 353-358.

Nach G. O. c. XIII. §. 2. n. 7. soll der christliche Tod nach bereits erfolgter gerichtlicher Oblation zum Eid statt des Juraments gelten, vorausgesetzt, daß der Verstorbene einen unbescholtenen Lebenswandel führte. Die Kraft des fingirten Eids muß rechtlich dieselbe sein wie des wirklich geleisteten, sie ist factisch sogar noch erhöht, da der Restitution wegen Irrthums bei der Unmöglichkeit eines Geständnisses fast aller Spielraum entzogen ist. Nach einer andern Richtung ist freilich die Vernichtung der auf unsern Fall übertragenen Eidesfolgen erleichtert, da der Eintritt der Fiction seine besondern Voraussetzungen hat, nämlich die eines christlichen Todes, unbescholtenen Lebenswandels, des Mangels einer mora, wozu unter Umständen noch der Glaubenseid der Erben kommt. So oft durch neue Beweismittel ein Makel nach einer dieser Richtungen nachgewiesen wird, so daß, wäre dieser Beweis früher geliefert worden, eine Verurtheilung des Verstorbenen erfolgt sein würde, ist die Restitution unbedenklich zu ertheilen, selbst wenn der Erbe den Credulitätseid geschworen, denn ein solcher hat nicht die Beweiskraft des Gewißheitseids, sondern nur die nothbehelfliche Natur der römischen vom Richter aufgelegten Eide.

c) Der nothwendige Eid des römischen Rechts (jusjurandum judiciale) hatte im Gegensatz zu der Stärke des Haupteids nicht ein-

mal die Wirkung einer vollgültigen Ergänzung oder Vernichtung eines unvollständigen Beweises, sondern wesentlich den Character von Nothbehelfen für den um die Entscheidung verlegenen Richter, daher bezüglich der Auflage in Einzelnen nicht bestimmte Regeln, sondern nur das Ermessen des Richters entschied, vgl. v. Bayer Civilpr. S. 911, und ein darauf gefälltes Urtheil durch neue Beweismittel umgestoßen werden konnte l. 31. D. 12. 2.

Im bayerischen Rechte werden auch sie den gewöhnlichen Beweismitteln beigezählt und mit einer Kraft ausgestattet, welche der des Haupteids gleichkommt. Auch ihre Anwendbarkeit ist subsidiär, und auch ihre Leistung begründet die Fiction des Mangels primärer Beweismittel und den Vollbeweis der beschwornen Thatsache, wie die Leistung des Haupteids, nicht bloß den Ergänzungsbeweis des am vollen Beweise Mangelnden. Nur ihre Statthaftigkeit ist an ein gewisses Maß von Beweis gebunden; einmal zugelassen, beseitigen sie den partiellen Erfolg der primären Beweismittel und beweisen für sich allein und voll das, worauf sie gerichtet wurden. Dieß folgt aus der ausdrücklichen Gleichstellung ihrer Wirkung neben die des Haupteids G. O. c. XIII. §. 3. n. 7. Es können daher ganz analog dem Haupteid nur solche neue Beweismittel zur Restitution verwerthet werden, welche die Untauglichkeit des Eids als Beweismittel nach einer der sub a angeführten Richtungen darzuthun vermögen.

Nur für den Fall ist eine Ausnahme festzuhalten, wenn der Reinigungseid als Credulitätseid aufgelegt wird, da dieser nach ausdrücklichen Worten der G. O. c. XIII. §. 1. a. A. nur Wahrscheinlichkeit begründet, also ein Beweismittel nicht genannt werden kann, und die Gleichstellung mit dem Haupteid in dieser Beziehung demnach wegen mangelnder Gleichheit des Grundes ausgeschlossen werden muß. Der Richter erlangt dadurch nur nothbehelfliche Motive den unvollständigen Beweis unberücksichtigt zu lassen, analog dem römischen Judicialeid, und kann daher die Restitution wegen neuer, lediglich auf den mangelhaft bewiesenen Satz gerichteter Beweismittel nicht zurückweisen.

d) der Editions- und Diffessionseid hindern nach ausdrücklicher Bestimmung der G. O. die Nachholung neuer gegen die beschworne Thatsache gerichteter Beweismittel nicht c. XI. §. 6. n. 5, §. 8.

n. 6, was zwar inconsequent, aber doch dadurch erklärlich ist, daß beide von dem Gesetzgeber nicht als Unterarten der in c. XIII. behandelten, sondern als besondere Eide vorgeführt werden, die am ehesten Aehnlichkeit mit dem Calumnieneid haben als Schutzmittel gegen muthwilliges Läugnen.

e) In die zweite oben erwähnte Categorie fällt die Restitution gegen ein gerichtliches Geständniß. Seuffert Comm. Bd. IV. S. 185 lehrt, diese Restitution sei dadurch bedingt, daß die erst neuerlich in Erfahrung gebrachte Unwahrheit der früher zugestandenen Thatsache vom Restitutionsimploranten vollständig bewiesen werde.

Mir scheint damit einestheils zu wenig, anderseits zu viel gefordert zu sein. Es liegt seiner ganzen Aufstellung überhaupt eine unrichtige Auffassung der juristischen Natur des Geständnisses zu Grunde. Die G. O. thut dieses Falls der Restitution keine namentliche Erwähnung, wir sind also auf die Subsumtion desselben unter die allgemeine Restitutionslehre mit Berücksichtigung seines besondern Wesens angewiesen.

Durch das gerichtliche Geständniß ist der stärkste und vollkommenste Beweis der eingestandenen Thatsache gegeben G. O. c. XII. §. 1, nicht aber deßwegen, weil es selbst Beweismittel ist, sondern weil es den Verzicht auf das Recht enthält, den Beweis einer vom Gegner zum Nachtheil des Geständigen behaupteten Thatsache zu gewärtigen, so daß nun folgeweise diese als bewiesen gilt. Nur wenn es daher möglich ist, die Gültigkeit dieses Verzichts mit Grund anzufechten, ist eine Restitution denkbar, und die Richtung dieser Anfechtung kann offenbar nur dahin gehen, entweder die Verzichtsunfähigkeit oder einen gesetzlichen Fehler in den innern Verzichtsmotiven oder die Existenz eines äußern vom Gesetz als fehlerhaft erklärten Motivs darzuthun. In diese Categorie gehört nun aber der Nachweis von Irrthum (Betrug) und Zwang schon nach gemeinem Civilrecht, zudem aber auch nach G. O. c. XII. §. 1. n. 2.

Da sich aber mit dem Geständnisse juristische Wahrheit einer Thatsache verknüpft hatte, so liegt mit seiner Existenz zugleich eine Hauptsache vor, die merklich alterirt sein muß, wenn Restitution ertheilt werden soll. Indem nur die Beweiskraft des Geständnisses vernichtet ist, hat sich die Gewißheit eben nur in Ungewißheit verwandelt, und darin liegt keine der Hauptsache adäquate Alteration. Daher ist das Verfahren im gewöhnlichen Proceßgange weiter zu

führen, bis der entsprechende Standpunkt erreicht, d. h. die juristische Gewißheit oder Unwahrheit jener Thatsache und damit die Anwendbarkeit der Restitution festgestellt ist. Welche der Parteien in dieser Richtung thätig sein muß, darüber entscheidet natürlich nicht die Stellung im Restitutionsproceß, sondern, da wir uns bereits im judicium rescissorium bewegen, die Stellung im Hauptproceß, so daß der Unwahrheits- resp. Wahrheitsbeweis von demjenigen zu erbringen ist, auf den die Regel der Beweispflicht abgesehen vom Geständniß deutet, es müßte denn in dem Beweis des Irrthums bereits der Unwahrheitsbeweis enthalten sein, welchenfalls allerdings factisch ein Rollentausch vor sich geht und der beweispflichtige Gegner in die Rolle eines Gegenbeweisführers versetzt ist.

So im Falle ausdrücklichen Geständnisses. — Zur Entkräftung des fingirten Geständnisses ist der Natur der Sache nach einfach der Nachweis der gesetzlichen Entschuldbarkeit des die Fiction begründenden Ereignisses Seitens des Imploranten erforderlich. Für die Fiction wegen Unvollständigkeit der Handlung, z. B. wegen versäumter Negirung einer einzelnen Klagsbehauptung in der Vernehmlassung wird sich ein solcher Entschuldigungsgrund wohl nur äußerst schwer beibringen lassen, leichter dagegen im Falle der Fiction wegen Nichtvornahme einer Handlung z. B. wegen gänzlicher Versäumung der Antwort auf die mit Urkunden versehene Klage. Freilich begründet, nach dem bereits oben Erwähnten dieser Beweis an sich noch nicht die Gewährung der Restitution, sondern erst die durch das weitere Verfahren (Beweisinterlocut, Beweisverfahren) festgestellte Wahrheit des Novum resp. Unwahrheit der als zugestanden fingirten Thatsache.

IV. Auch unter Voraussetzung der bisher beschriebenen Läsionserfordernisse bleibt doch die restitutio contra sententias ausgeschlossen, so lange im Gebiete des merum jus eine taugliche Hülfe geboten ist. Mit diesem Requisite ist das Wesen der Restitution als außerordentlicher Rechtshülfe gekennzeichnet, G. O. c. XVI. §. 1. n. 1. Wie in der Lehre von der Restitution gegen Fristversäumnisse hat diese Eigenschaft naturgemäß eine zweifache Seite, sofern nämlich die Restitution als unanwendbar erscheint,

1. wenn der neue Stoff nicht in die Gränzen des vorliegenden Processes eingeengt ist, sondern einen selbständig verfolgbaren Anspruch enthält und

2. wenn ein ordentliches Rechtsmittel offen steht. Was hier die einzelnen, von der Gerichtsordnung aufgezählten Rechtsmittel betrifft, so gehört die Erwähnuug des possessorium plenarium und des petitorium an eine andere Stelle im System vgl. oben. Hier ist nur zu gedenken der Appellation (und Revision). Bei diesen ist freilich das Erforderniß der Subsidiarität mit großer Behutsamkeit zu prüfen, indem es sonst zu den grundlosesten Devolutionen Anlaß geben könnte. Es läßt sich nämlich damit unmöglich der Gedanke verbinden, als müßte unter allen Umständen vorher appellirt werden; das hieße dem Erforderniß einer Beschwerde zur Berufung schnurstracks entgegenhandeln, und die total verschiedene Natur beider Rechtsmittel verkennen. Ebenso unzuläßig wäre die Annahme, als müßte mindestens der Ablauf der Berufungsfrist abgewartet werden, denn da auf die Appellation schon früher verzichtet werden kann, so ist möglicherweise schon vor Ablauf derselben kein ordinarium mehr übrig.

Ich kann bei den ganz verschiedenen Eigenschaften der Appellation (Revision) und Restitution nur den Sinn in die Subsidiarität der letztern legen, daß deren Imploration jedes ordentliche Rechtsmittel ausschließe, sowie daß eine Cumulation der Appellation und Restitution unzuläßig sei.

Die Richtigkeit solcher Beschränkung folgt aus den bereits gemachten allgemeinen Erwägungen, im Besondern aber aus dem gesetzlichen Beginn der Restitutionsfrist, der, sobald sich die Läsion schon im Moment der Urtheilspublication äußerte, mit dieser zusammenfällt, G. O. c. XVI. §. 1. n. 6.

Von hier aus beantwortet sich unschwer die durch die Proceßnovelle von 1819 in's Lebeu gerufene Frage, ob Restitution gegen einfache Decrete und Zwischenbescheide zuläßig sei, für den Fall, daß gegen einen solchen rechtzeitig Verwahrung eingelegt wurde. Durch diese ist die Appellation gegen das Decret als materiellen Bestandtheil des Haupturtheils gesichert. Einen Verzicht auf dieses durch Verwahrung erlangte Recht auszuschließen, fehlt es an allem zureichenden Grund, und die Restitution gleich der Appellation stets hinter das Haupturtheil zu verweisen, einerseits an einer gesetzlichen Bestimmung wie auch an der Analogie des Grundes, welcher die Versetzung der Appellation rechtfertigte. Gönner Comm. z. Proc. Ges. v. 1819 S. 255. Demnach steht ihrer Anstellung vor dem Haupturtheil kein

Hinderniß im Wege (vgl. auch oben S. 40 ff.); nur liegt eben in dieser Anstellung das Anerkenntniß eines beschwerdefreien Bescheids. Nur wenn das durch Verwahrung erlangte Recht nicht verscherzt werden will, wird sich auch die Verschiebung der Restitution als nothwendige Consequenz der Subsidiarität aufdrängen.

§. 14.

II. Restitutionsgrund.

1) Beschaffenheit.

Die bisherigen Erörterungen haben zu dem Resultat geführt, daß die Läsion in dem durch Restitution aufzuhebenden Urtheil in einer Präclusion von erheblichem thatsächlichen Stoffe besteht. Sie haben uns auch schon im Allgemeinen gezeigt, daß der Restitutionsgrund ganz der nämliche sei, der es im Gebiet der rest. contra lapsum termini ist, nämlich ein unverschuldetes Hinderniß, welches die Beibringung des thatsächlichen Stoffs unmöglich machte.

Die G. O. c. XVI. §. 1. drückt dieses Hinderniß durch die Worte aus: .... „daß Implorant von diesen novis entweder nichts gewußt, oder sie wenigstens legal beizubringen ante sententiam nicht vermocht habe."

In diesen Worten ist offenbar alles enthalten, was auf dem Gebiet der Form nach G. O. c. XVI. §. 1. n. 11. als rechtserhebliche Ursache, nach Nov. v. 1837 als unverschuldetes Hinderniß bezeichnet ist. Ich kann mich daher füglich in diesem Punkt auf die einschlägigen Ausführungen in der Lehre der Restitution gegen Fristversäumnisse beziehen, und werde nur diejenigen Punkte hervorheben, welche in Folge der materiellen Natur der Verletzung sich eigenthümlich gestalten.

I. Zuvörderst sei eines Erfordernisses gedacht, das wir schon für die rest. contra lapsum termini kennen lernten, und auch hier Platz greift, obschon die G. O. es nicht ausdrücklich hervorhebt; ich meine das Requisit der Schuldlosigkeit der Versäumniß. Müßte schon das Wesen der Restitution überhaupt darauf führen, so greift hier noch der weitere Gesichtspunkt ein, daß nach erlassenem

Urtheil die Restitution nicht um geringern Preis erlangt werden kann als vor dem Urtheil. Sie wird daher auch hier durch jede geringe Fahrläßigkeit ausgeschlossen, Seuffert Comm. IV. S. 183. Das gemeine Recht kann in dieser Frage nicht Maßstab sein, da es durch Erweiterung des Restitutionsgrunds des Irrthums auf nicht für dienlich gehaltene Noven, also durch ausgedehnte Entschuldigung des Rechtsirrthums das Wesen der Restitution verkannt hat, und gerade in diesem Uebelstand von der bayerischen Gesetzgebung nicht nachgeahmt wurde, Bl. f. R. A. XII. S. 175, Seuffert Arch. VI. S. 295.

II. Es wäre unrichtig zu behaupten, Zwang, Betrug, Abwesenheit seien keine Gründe mehr, aus welchen Restitution gesucht werden könne, Seuffert Comm. IV. S. 181. Sie sind es noch immer, nur nicht sie allein, sondern jedes entschuldbare Hinderniß", — sie sind es nicht mehr ex professo. Die G. O. enthält in ihrem Restitutionsgrund nichts anderes als die generalis clausula, deren Anwendbarkeit bei Judicaten im römischen Rechte erheblich beschränkt war, in unverkümmerter Gestalt; und unter sie fallen auch die Gründe des Zwangs, Betrugs, können aber eben deßwegen freilich nur insofern wirksam werden, als in ihrem Gefolge ein Hinderniß an Wahrnahme des Rechts entstand, während die übrigen unter die Clausel nicht subsumirbaren Fälle des Zwangs ꝛc. auf unserm Gebiete entweder irrelevant oder unmöglich sind.

III. Der Irrthum umfaßt zwei Arten, er besteht entweder im Nichtwissen einer noch nicht existenten Thatsache (Probe) oder im Nichtwissen einer bereits existenten Thatsache.

1. Die erst in's Leben getretene Thatsache muß in irgend einer Beziehung zu der beurtheilten Rechtsfrage stehen; daher kann wohl ein nach der Sentenz gemachtes Geständniß des Gegners dazu benützt werden, oder auch ein Erfüllungseid, der früher wegen eines lediglich durch Zuschiebung des Haupteids geschehenen Beweisantritts ausgeschlossen war, Bl. f. R. A. VI. 201, nicht aber eine nach dem Urtheil vom Sieger gemachte Schenkung des Zuerkannten; denn dieselbe ist nnr Hinderniß der Vollziehung des Judicats, nicht seiner Erlassung, setzt vielmehr gerade dieses und kein günstigeres Urtheil voraus.

Der neue Stoff muß wirklich erst seinem Kern nach aufgetreten

sein; keineswegs genügt die Umbildung schon vorhandenen und bekannten Stoffs in eine andere Form z. B. die Niederlegung eines Zeugnisses in einer Urkunde, denn hier enthält die an sich neue Urkunde ein nicht neues Beweismittel, Bl. f. R. A. VI. 269.

2. Die Zulassung erst nach der Sentenz erfahrenen Stoffes findet nicht statt, wenn das Neuerfahrene nur nähere Umstände einer schon früher gekannten Thatsache betrifft; nur wenn das eigentlich relevante Moment des Nachzuholenden erst zur Kunde des Imploranten kam, ist es tauglich. Bl. f. R. A. VI. 269. Es kann übrigens etwas als neuerfahren deßwegen gelten, weil die Länge der Zeit seine frühere Kenntniß verwischte, vorausgesetzt, daß das Sichnichterinnern nicht als Nachlässigkeit erscheint, Seuffert Comm. IV. S. 183.

Als neu erfahren kann nicht gelten ein neben primären Beweismitteln nicht proponirter Erfüllungseid oder ein früher nicht zugeschobener Haupteid, denn die Partei mußte sich die mögliche Unwirksamkeit oder Unzulänglichkeit der vorgeführten Beweismittel von Anfang vergegenwärtigen, wenn sie nicht der Vorwurf der Nachlässigkeit treffen soll; es wäre das nur eine früher nicht für dienlich gehaltene Probe. Selbst die Vorgabe, man habe erst jetzt vom eigenen Wissen des Delaten Kenntniß erhalten, schützt nicht, weil die Parteien ihren Handlungen nicht das Princip der Wahrscheinlichkeit zu Grund legen dürfen, sondern selbst bei Unwahrscheinlichkeit eines Erfolgs auf die bloße Möglichkeit des Nutzens alle Mittel zur Wahrung ihrer Rechte in Bewegung setzen sollen.

Die Frage, ob die Stellung neuer Beweisartikel in einem Restitutionsgesuche zulässig sei, wird von den Bl. f. R. A. VI. 195 wohl mit Unrecht ziemlich allgemein vermeint. M. E. ist wohl zu unterscheiden: Wollen Thatsachen aus dem Gebiete des Schriftenwechsels nachgeholt werden, so ist natürlich die nothwendige Folge eine Umgestaltung des Beweissatzes und Stellung neuer Beweisartikel; letztere ziehn eben ihre Berechtigung aus den neuen, zum Beweise ausgesetzten Thatsachen, Bl. f. R. A. VIII. 399. Betreffen die gewünschten Nachträge lediglich das Beweisstadium, so muß eben die dem neuen Beweisartikel zu Grund liegende Thatsache neuentstanden oder erfahren sein, und aus ihrer als des Allgemeinen Zulassung folgt von selbst die des Besondern, nämlich der einzelnen darauf bezüglichen

Beweismittel ohne eigenen Irrthumsbeweis. Wo dagegen nur die Neuheit von Beweismitteln erprobt werden kann, da muß eine Subsumtion derselben unter das schon actenmäßige Allgemeinere, nämlich einen der bereits aufgestellten Beweisartikel möglich sein; bezüglich neuer Artikel als Folge neuer Beweismittel würde der Nachweis des Irrthums fehlen. Bl. f. R. A. VII. 272. Damit ist freilich nicht eine starre Unabänderlichkeit der früher den Zeugen vorgelegten Fragen für neue Zeugen gefordert; das wäre der nothwendigen Verschiedenheit der Zeugnisse nach Individualität der Personen und der Art ihrer Kenntnißerlangung vollkommen widersprechend; wenn nur kein relevantes thatsächliches Moment mit nachgeschleppt wird. Einer weitern Casuistik bedarf es hier nicht, da die einzelnen Fälle keine Schwierigkeit bieten, sobald man nur die leitenden Principien, besonders das Erforderniß der Schuldlosigkeit fest im Auge behält.

IV. Treten wir dem andern Bestandtheil obigen Satzes näher, so erkennen wir, wie schon erwähnt, in den Worten: „die Implorant legal beizubringen ante sententiam nicht vermocht," den Restitutionsgrund wieder, den die G. O. c. XVI. §. 1. n. 11. als rechtserhebliche Ursache bezeichnet hatte, — nur hier der materiellen Gestaltung der Läsion entsprechend formulirt, indem jetzt nicht mehr die Handlung, sondern ihr Inhalt, factischer Stoff, als Gegenstand des Hindernisses in Betracht kommt. Da es unangemessen erscheint, die restitutio contra sententias an leichtere Bedingungen zu knüpfen, als ihre Vorläuferin, so sind wir gehalten, in den Ausdruck „vermocht" die ganze Strenge der Nov. v. 1837. §. 38. (35. 36.) zu legen.

Da die Erörterung der einzelnen daraus folgenden Consequenzen durch die bei der Lehre von der Restitution gegen Fristversäumnisse gegebene Darstellung überflüssig gemacht ist, so mag sogleich die Aufzählung der hieher gehörigen Fälle beginnen.

Der leitende Gesichtspunkt ist offenbar der, daß alle Fälle hieher zu rechnen seien, in welchen die für Einbringung der Noven resp. Vornahme der versäumten Handlung auf dem Wege der Restitution gegen Fristversäumnisse gegebene Frist noch nicht abgelaufen oder besser noch nicht so weit vorgerückt war, daß auch ohne Zwischenkunft der Sentenz die Nachholung der Handlung eine Unmöglichkeit geworden. In allen solchen Fällen ist, da Niemand verpflichtet sein

kann, eine Handlung vor dem letzten dafür tauglichen Zeitpunkt vorzunehmen, durch Publication der Sentenz das unverschuldete Unvermögen eingetreten, die rest. contra lapsum termini nachzusuchen. Demzufolge muß die Zulassung auch nach der Sentenz noch gestattet sein, aber weil nach der Sentenz, darum in den Formen der restitutio contra sententias. Gleiches gilt, wenn die Restitution gegen eine auf materieller Zwischenstufe der Entwicklung stehende Sentenz durch Eintritt der Läsion in ein noch materielleres Gebiet, wie durch Erlassung des Endurtheils verhindert wurde; hier öffnet die neue Läsion den Lauf einer neuen Restitution gegen die letzte Sentenz.

Hieher gehören folgende Fälle:

1. Falls nicht appellirt wurde

a) wenn in Folge gänzlicher unverschuldeter Fristversäumniß ein Contumacialhaupturtheil ergeht, welches die Partei erst von ihrer Versäumung in Kenntniß setzt oder bei dessen Publication die 14tägige Frist der rest. contra lapsum termini noch nicht abgelaufen war; gleichviel übrigens, ob das Erkenntniß nach versäumter Exception oder Duplik erfolgte.

b) wenn sich während der Verhandlungen durch Entstehung oder Entdeckung von nova zeigt, daß eine partielle Fristversäumniß eingetreten und dazu das Urtheil vor Ablauf der 14tägigen Restitutionsfrist erfolgt.

c) wenn vor Ablauf der Frist zur Restitution gegen einen Zwischenbescheid das Endurtheil ergeht.

2. Falls gegen die Sentenz appellirt wurde, richtet sich alles, die Frage der Läsion, und des Grundes zur Restitution ꝛc. nach dem Appellationserkenntniß, da dieses an die Stelle des erstrichterlichen tritt. Im Allgemeinen sind die sub 1 genannten Fälle hier zu wiederholen, jedoch mit der wesentlichen Modification, daß die Möglichkeit des Vorbringens von nova in der Appellationsinstanz das von G. O. c. XVI. §. 1. verlangte Unvermögen naturgemäß ausschließt.

In cap. XV. §. 5. n. 8. der G. O. ist nämlich dem Appellanten die Befugniß eingeräumt in der Berufungsinstanz neue thatsächliche Behelfe einzuführen, vorausgesetzt daß sie erst nach der Sentenz hervorgekommen oder in Erfahrung gebracht worden sind.

Die Quelle dieses sogenannten beneficium nondum deducta

doducendi, nondum probata probandi ist das gemeine Recht. Nach römischen und früheren Reichsrecht, denen die Präclusion des Parteivorbringens durch hiefür gesetzte Fristen fremd war, bestand jene Rechtswohlthat in einem umfassenden Nachtragsrechte der Parteien in höherer Instanz l. 4. C. 7. 63, l. 37. C. 7. 62, und die Einführung der Präclusion in J. R. A. hat nicht zugleich dieser Allgemeinheit die richtige Schranke gesetzt, da §. 73 allen früher nicht existenten oder nicht gekannten oder nicht für sachdienlich gehaltenen oder nicht vorbringbaren Thatbehelfen ungehinderte Zulassung in der Appellationsinstanz sichert (vgl. indeß für eine engere Ansicht Linde Handb. IV. S. 485).

Es that sich unter den Communisten zur Rechtfertigung solcher Nachschleppungen die Ansicht von der Reduction des Streits in den Stand vor der Litiscontestation auf, und von solchem freilich ganz irrigen Standpunkt aus war nichts dagegen einzuwenden, Anm. z. G. O. c. XV. §. 5. n. 8.

Der bayerische Gesetzgeber hat in Erkennung der schädlichen Folgen jenes beneficium in obiger Weise eingeschränkt und damit das Präclusionsprincip unangetastet gelassen. Anm. z. G. O. a. a. O.

I. Fragen wir uns, wie die Zulassung von nova in der Berufungsinstanz nunmehr für rechtlich vermittelt zu erachten ist, so steht vor Allem außer Zweifel, daß dieselben keinenfalls als normales Appellationsfundament erscheinen können, denn ein gravamen — vom Unterrichter zugefügt G. O. c. XV. §. 1. Anm. zu c. XV. §. 5. n. 3 — enthalten sie nicht. Wenn sie nun trotz der nach den Anm. cit. ausdrücklich anerkannten Präclusion dennoch zugelassen werden, kann es nur in Form eines außerordentlichen Rechtsmittels geschehen, und als außerordentliches Rechtsmittel zur Nachholung neuer Thatbehelfe haben wir einzig die restitutio sei es contra lapsum termini sei es contra sententias kennen gelernt. Es kann sich also nur mehr davon handeln, welche der beiden Arten hier zutreffe. — Der Plenarbeschluß v. 14. Dec. 1843 hat sich m. E. mit vollstem Recht am Ende der Entscheidungsgründe für restitutio contra lapsum termini praejudicialis erklärt. Gegen die andere Annahme spricht mit aller Bestimmtheit der Umstand, daß die rest.

contra sententias in G. O. c. XVI. §. 1 als subsidiäres erst hinter, nicht aber neben der Appellation mögliches Rechtsmittel, das zudem stets zur Competenz des Richters erster Instanz gehört, bezeichnet ist, Bl. f. R. A. XXII. S. 79. 80, und die Bestimmung des cap. XV. sich durchaus nicht als Ausnahmsbestimmung einführt (wie denn auch die nichtssagende Bemerkung der Anm. zu c. XVI. §. 1. n. 1. a. E. hier nicht verwerthet werden kann). Der hier gebilligten Ansicht ist allerdings nicht ohne Schein entgegenzuhalten, daß bereits ein Erkenntniß vorliegt, die Läsion also dem für die rest. c. l. t. nothwendigen, formellen Gebiete entrückt ist. Allein gerade hier gewinnt die für das gemeine Recht von Kreitmayr behauptete und für das bayerische Recht nur als Regel verworfene Fiction einer Zurückversetzung des Streits maßvolle Geltung; der Streit gilt auch im bayerischen Rechte als zurückversetzt, nur ohne Beseitigung der Präclusionen. Was früher schon vorgebracht war, darf besser vorgebracht werden, und was noch nicht vorgebracht war, unter denselben Bedingungen, denen es beim Unterrichter nach Ablauf der für dasselbe normalen Frist unterworfen war; das gefällte Erkenntniß soll weder der Art noch Leichtigkeit des Vorbringens im Wege stehen. Das oben auch für die rest. c. l. t. erwiesene Princip der Subsidiarität steht der Annahme des Plenarbeschlusses durchaus nicht im Wege (vgl. unten) und die Competenz der höhern Instanz ist gleichfalls damit im Gefolge der erwähnten Fiction vereinbar, da alles nach c. XV. §. 5. n. 8 zulässige Vorbringen nun primär der Competenz des Berufungsrichters unterstellt erscheint.

II. Im Allgemeinen ist nun dem Restitutionscharakter unseres Beneficium entsprechend alles, was in der Lehre von der rest. c. l. t. über Läsion und Restitutionsgrund gesagt wurde, hier genau maßgebend, insbesondere das Requisit der Schuldlosigkeit Bl. f. R. A. XX. S. 206, ferner das weitere vollkommenen Beweises des Hindernisses nach Nov. v. 1837, und es reiht sich als dritter Grund an die von der offenbar nicht ganz genauen Gerichtsordnung erwähnten zwei Gründe die Unmöglichkeit frühern Vorbringens schon vor dem Erkenntniß bekannter Thatbehelfe an. Denn der dem Ganzen zweifellos zu Grund liegende und dasselbe bestimmende Sinn der Bestimmung des c. XV. §. 5. n. 8 läßt sich in dem Grundsatz wiedergeben, es sollen entschuldbare Versäumnisse möglichst bald und zwar wo möglich während

des Hauptprocesses selbst ausgemerzt, und dadurch nachträgliche, selbstständige Restitutionsprocesse verhütet werden.

Hat nun aber schon die Erwähnung veränderter Competenz eine von der normalen rest. c. l. t. etwas abweichende Gestaltung unseres Beneficium angedeutet, so ergeben sich noch weitere Abweichungen aus der Erwägung, daß die Restitution hier eben nur incidenter d. i. als Accessorium einer andern Handlung und in einem specifisch für letztere bestimmten Verfahren gesucht wird, diese also — die Appellation — den maßgebenden Bestandtheil für die Gestaltung des ganzen Berufungsvorbringens bildet.

1. Die Frist für das neue Vorbringen erweitert sich der Dauer des Berufungsfatale entsprechend von 14 auf 30 Tage, vgl. den angef. Pl. B. (S. 137 in der Sammlung von Moritz, I. Bd.)

2. Die nova selbst und allein können nie die Appellation begründen, vielmehr ist ihre Zulassung in höherer Instanz an die Grundbedingung der Berufung geknüpft, nämlich an eine Beschwerde über Ungerechtigkeit des Unterrichters G. O. c. XV. §. 1, Anm. zu c. XV. §. 5. n. 3. Anf. Dieser bestimmten Hervorhebung der wesentlichen Berufungsbedingung gegenüber hätte eine gegentheilige Meinung wie sie doch in der Praxis nicht selten ist vgl. auch Bolgiano in Bl. f. R. A. Bd. XXVIII. S. 243. VII, Abs. 4, nie aufkommen sollen. Die einzige Stütze derselben ist die allgemeine Zulassung der nova in c. XV. §. 5. n. 8, eine Allgemeinheit freilich, deren Mißdeutung der Gesetzgeber wohl nicht fürchtete, nachdem er sich über Wesen und Grundbedingung der Berufung an dem dafür bestimmten Orte auf's Unzweideutigste ausgesprochen hatte. Die Hereinziehung der gemeinrechtlichen Controverse (vgl. v. Bayer Vortr. S. 1028, Gönner, Handb. III. Abth. 60. §. 14) hat für unsere Gesetzgebung keinen Sinn, denn die Gründe, die einen Streit im gemeinen Recht veranlassen konnten, existiren im bayerischen Rechte nicht.

3. Es können nur solche nova in der Berufungsinstanz vorgebracht werden, welche zur Unterstützung der eingelegten Beschwerden dienen können Gönner Comm. z. Pr. G. v. 1819. S. 287, denn nur nach Maßgabe der eingewandten speciellen Beschwerden wird die Streitsache an den höhern Richter devolvirt G. O. c. XV. §. 9. Ist also über einen Punkt im Urtheil keine Beschwerde eingelegt, so kann auch kein novum helfen, sowie bei vorliegender Beschwerde ein

solches novum unzuläſſig iſt, deſſen Vorſchützungsgrund gerade den Mangel einer Beſchwerde vorausſetzt; es begreift ſich daher leicht, warum das auch für rest. c. l. t. gültige Princip der Subſidiarität hier in keinem Falle im Wege ſteht, denn für die Zulaſſung der hier vorzuſchützenden nova muß unſer beneficium das einzige und letzte Mittel ſein. Endlich können die nova nur gegen die eben der Berufung unterworfene Sentenz gerichtet ſein, denn darüber hinaus iſt eine Devolution nicht möglich; Einreden ſind demnach gegen ein beweisentſcheidendes Urtheil ausgeſchloſſen, denn ſie würden zugleich gegen das bereits rechtskräftige Beweisinterlocut ſich richten müſſen. Im gemeinen Rechte war dieß ſo lange anders, bis die Beweisurtheile Rechtskraftfähigkeit erlangten.

III. Die Frage, wie lange von Zulaſſung neuer Thatbehelfe in der Berufungsinſtanz die Rede ſein könne, iſt von dem mehrerwähnten Plenarbeſchluß ſehr richtig dahin beantwortet worden, daß der Ablauf der Berufungsfriſt nicht die Gränze bildet, ſondern dieſelbe bis zum Erkenntniß des Oberrichters ſtattfindet. Denn die G. O. geſtattet ihre Vorſchützung ohne Rückſicht auf die Zeit, und das oben dargelegte Princip ihrer Zulaſſung ſtimmt ganz damit überein, ſo daß alſo eine Schranke nur durch die Thatſache der Erkenntnißfällung wie in erſter Inſtanz gezogen erſcheint. Dieſe Reſtitution nach Ablauf des Berufungsfatale iſt übrigens dieſelbe Reſtitution gegen die Vernehmlaſſungs-, Beweisantretungs- ꝛc. Friſt, welche ſie in erſter und gleich von Anfang in zweiter Inſtanz war, nicht aber eine Reſtitution gegen Ablauf des Berufungsfatale, wie Bolgiano in den Bl. f. R. A. XXVIII. S. 242 will, denn für die nova iſt dieſes ja nicht die urſprüngliche, ſondern Reſtitutionsfriſt, und der Grund der Zulaſſung gilt offenbar ebenſo wie bei der analogen Reſtitution in erſter Inſtanz der für die fragliche Art von Thatbehelfen laufenden urſprünglichen Friſt. Die Dauer der Reſtitutionsfriſt iſt auch die ganz normale von 14 Tagen, da der Erweiterungsgrund für ſie nicht exiſtirt.

Damit iſt die Sache, ſoweit ſie in das Bereich dieſer Abhandlung fällt, erſchöpft. Ich füge nur noch zwei auf das hier überhaupt ausgeſchloſſene Verfahren bezügliche Bemerkungen an, welche auch ihre materielle Seite haben und das Verhältniß der nova zu den Appellationsbeſchwerden klarer ſtellen.

1. Wenn die Beschwerden vollkommen genügen, um für den Appellanten zu erkennen, so wird nach obigem Pl. B. von Instruction der nova gänzlich Umgang genommen und aller neue Thatbehelf als unerheblich verworfen, aus dem einen Grunde, weil der Oberrichter keine geringere Machtvollkommenheit besitzen kann, als dem Unterrichter nach G. O. c. IX. §. 8. und Pr. G. v. 1819. §. 14 eingeräumt ist, wie aus dem weitern, weil die Sache in diesem Falle offenbar in facto genug erörtert ist, die Voraussetzung der Instruction der nova nach G. O. c. XV. §. 7. n. 9. also mangelt.

2. Wenn umgekehrt die Beschwerden allen Grunds entbehren und eine Aenderung des angefochtenen Urtheils für sich nicht zu erwirken vermögen, so enthält sich der Oberrichter gleichfalls der Entscheidung über die nova, verweist sie dagegen unter Verwerfung der Appellation zur Instruction und Verbescheidung im Wege der wahren rest. contra sententias an den Unterrichter. Der Plenarbeschluß hat zwar ganz richtig die von und seit Gönner aufgestellten Ansichten über c. XV. §. 7. n. 9 gewürdigt, welche meist sich gegen die Grundsätze über das Verhältniß des Richters zum eigenen Erkenntniß, über Devolutiveffect und Unterordnung unter die höhere Instanz verfehlen, er hat dagegen einseitig nur den einen allgemein anerkannten Fall als darunter gehörig hervorgehoben, wenn wegen neuer in der Berufungsinstanz vorgebrachter Thatsachen ein Beweisinterlocut erlassen wird. Ebensogut gehört von den beweisentscheidenden Erkenntnissen der obige Fall hieher. Hier fehlt es in der That an einem gravamen und damit an dem principale, von dessen Existenz die Zulassung von nova in der Berufungsinstanz bedingt ist; diesen bleibt daher der einzige ohne Appellationsbeschwerde für sie mögliche Weg der rest. contra sententias übrig. Zudem steht außer Frage, daß hier eine günstigere Entscheidung lediglich von der Beweiskraft der neuen Beweismittel abhängt, daß es also in der That auf einen ordentlichen d. i. selbständigen Beweis ankommt, sowie endlich, daß alle allgemeinen Grundsätze mit dieser Entscheidung verträglich sind, so daß wohl anzunehmen ist, daß die Regirung der Subsumtion dieses Falls unter c. XV. §. 7. n. 9. gar nicht in der Absicht des Pl. B. liegt.

Stellen wir uns nun zum Schlusse die Fälle unmöglichen Vorbringens für den Berufungsfall vor Augen, so können wir sämmtliche bei nicht ergriffener Berufung sich ergebenden und oben aufgezählten Möglichkeiten auch hieher zählen, soweit nicht das eben erörterte beneficium nondum deducta deducendi etc. eine Nachholung in der Berufungsinstanz gestattet.

§. 15.

2) Beglaubigung des Restitutionsgrunds.

„Impetrant muß auf gegentheiliges Begehren mit seinem Eid oder in andern Wege darthun, daß er von diesen novis nichts gewußt ꝛc.“

Während die Reichsgesetzgebung hier nur den Gefährdeeid kennt, also vom Erforderniß wirklicher Nachweisung absieht, verlangt das bayerische Recht eine Nachweisung, die auch durch Eid geführt werden kann, falls nicht Implorat die Last des Gegenbeweises auf sich nehmen will. Anm. z. G. O. S. 541. Die Berufung derselben auf das von Oddus Sforzia de rest. II. 72 dargestellte gemeine Recht gibt uns den Anhaltspunkt für Beurtheilung der Natur dieses Eids. Hiernach ist er nicht Gefährdeeid, sondern Beweismittel, wo es sich um einen innern Zustand der Partei, um reinen Irrthum (Unwissenheit) handelt, wo also weder der Implorant gewöhnliche Beweismittel noch der Implorat gewöhnliche Gegenbeweismittel hat. Da nun auch die ausdrücklich erwähnte Concurrenz von Beweismitteln dem Wesen eines Gefährdeeids widerspricht, so müssen wir der von Oddus vorgetragenen Lehre auch für das bayerische Recht Geltung zuschreiben und ihn als Beweismittel für die Behauptung reinen Irrthums mit subsidiärster Anwendbarkeit betrachten.

Das Proceßgesetz v. 1819 faßt ihn zwar als Gefährdeeid auf, kann übrigens in dieser Hinsicht keinen Einfluß mehr üben, nachdem die Nov. v. 1837 das Erforderniß vollständigen Beweises der Restitutionsursache sanctionirt, und bei vollkommener Gleichheit des Grunds für beide Arten der Restitution eine Verschiedenheit der Beglaubiguug und zwar zu Gunsten der rest. contra sententias nicht angenommen werden kann. Da diese Nachweisung übrigens erst auf gegentheiliges Begehren erfolgen soll, so genügt im Restitutionsgesuche die Beweisantretung resp. das Erbieten zum Eide; die dar-

auf bezüglichen Angaben müssen übrigens Entstehungsart und Zeit des Hindernisses in sich schließen, welches den Restitutionsgrund bildet, da auch die Schuldlosigkeit desselben daraus erhellen soll, Nov. v. 1837. §. 35, und es dem Wesen der Restitution entspricht, offenbar unerhebliche Gesuche ohne Vernehmung des Gegners abzuweisen. Die Beweisantretung resp. Eidesoblation im Gesuch mit Rücksicht auf die Worte „auf gegentheiliges Begehren" für unnöthig zu halten, rechtfertigt sich nicht, da nur die wirkliche Nachweisung vom Begehren des Gegners abhängig gemacht ist. Bl. f. R. A. IV. 76, Seuffert Comm. IV. S. 186.

Daß im Fall Mißlingens der Beweisführer auf den anerbotnen Noveneid nicht mehr zurückkommen kann Seuff. Comm. IV. 186, ließe sich nur dann mit Grund behaupten, wenn ihm nicht die Natur eines Beweismittels zukäme.

Ebenso zu läugnen ist die von Seuffert IV. 186, Bl. f. R. A. VIII. S. 395 behauptete Statthaftigkeit des Credulitätseids, wenn der Beweis der Unwissenheit dem Erben der im Urtheil verletzten Partei obliegt; denn der Noveneid ist analog den andern Beweiseiden Gewißheitseid. Der Erbe kann sich dieses Eids im Restitutionsproceß gar nicht bedienen, da es auf die Unbekanntschaft des Erblassers ankommt, und diese durch den Eid eines Dritten nicht erweislich ist. Bl. f. R. A. VI. 197 ff.

§. 16.

III. Restitutionsfrist.

Das gemeine Recht gewährte für Einlegung des Restitutionsgesuchs eine vierjährige Frist, die mit Eintritt der Läsion, also der Sentenz und nur ausnahmsweise später beginnt, wenn die Kenntniß der Läsion erst später erfolgt z. B. durch Entdeckung der nova, wenn also das Hinderniß der Beibringung derselben erst später gehoben wurde. Das bayerische Gesetz ändert nur die Zeitgröße ab, indem es an Stelle der vier Jahre vier Monate setzt. Die anderweiten Bestimmungen, namentlich über Beginn des Fristlaufs sind nur Ausflüsse der gemeinrechtlichen Lehre, G. O. c. XVI. §. 1. n. 3 und Anm. hiezu.

1. Die wesentliche Voraussetzung des Beginns ist der Eintritt einer Läsion und zwar derjenigen, wogegen die Restitution gerichtet ist, folglich der Sentenz, welche die Verletzung in ihrer materiellsten Gestalt ausprägt — also nach dem Endurtheil stets des Endurtheils. Denn erst die (relativ) letzte Sentenz bringt es zur Gewißheit, daß in diesem Stadium des Processes noch eine wahre Verletzung vorliege. Dadurch wird es erklärlich, daß zur Beseitigung einer vor Ablauf der Frist bis ins Endurtheil sich ziehenden Präclusion eine weit größere als nur viermonatliche Frist oder vielmehr mehre Fristen gegeben sind, wenn nur jede neue Läsion innerhalb des Fristenlaufs der zur Beseitigung der bisherigen Verletzung bestimmten Restitution sich offenbart.

Der Tag des Beginns ist der der Publication des Urtheils folgende, gegen welches kein ordentliches Rechtsmittel übrig ist, also wenn der Streit alle Instanzen durchlief, jedenfalls der Tag nach Publication des erstrichterlichen Erkenntnisses. Wurde nicht appellirt, so ist es schon der Tag nach Publication des erstrichterlichen Urtheils (nicht nach erfolgter Rechtskraft), denn die Nichteinlegung der Appellation enthält die Anerkennung, daß das Urtheil beschwerdelos sei, daß folglich gegen dasselbe seit seiner Publication ein ordentliches Rechtsmittel nicht übrig war. Arg. G. O. c. XVI. §. 1. n. 6, Anm. S. 542 d.

2. Weiter hinausgerückt wird der Beginn durch spätere Kenntnißnahme der Läsion d. h. durch spätere Entdeckung der nova, denn erst damit endet das Hinderniß ihrer Beibringung Anm. z. G. O. S. 542. 543, vgl. auch das für die rest. c. l. t. oben Gesagte.

Nur das kann der Sinn des c. XVI. §. 1. n. 3. sein, nicht aber daß unter allen Umständen von Entdeckung der nova resp. Beseitigung des Hindernisses gerechnet werde. Das bestätigen die Anm. z. G. O., welche S. 542 zum Beginn des Fristenlaufs stets die Publication der durch Restitution aufzuhebenden Sentenz verlangen, hievon aber zu Gunsten der verletzten Partei eine Ausnahme statuiren, wenn sie die nova später entdeckte „erst von der Zeit an, da sich gedachte nova in Conformität des abgelegten Eids hervorgethan haben."

3. Ihrem Wesen nach ist die viermonatliche Restitutionsfrist unerstrecklich, ein fatale. Anm. z. G. O. S. 542.

§. 17.

IV. Restitutionsgericht.

Das competente Gericht ist stets das Gericht erster Instanz, ungeachtet die Sentenz vom obern Richter ausgegangen ist G. O. c. XVI. §. 1. n. 4, „weil die Restitution sich nicht auf Ungerechtigkeit oder Unerfahrenheit des Richters, sondern auf Ursachen fundirt, welche des Richters Ehre nicht angreifen“ Anm. z. G. O. S. 543 e. Aus diesem — übrigens vollkommen richtigen Grunde erklärt sich aber nur, warum die Restitution beim untern Richter angestellt werden darf, warum sie kein devolutives Rechtsmittel ist, nicht aber, warum sie beim obern nicht angestellt werden darf, selbst wenn von ihm das verletzende Urtheil ausging. Der wahre Grund liegt offenbar darin, daß die versäumten neuen Thatbehelfe naturgemäß und nach dem Recht der drei Instanzen beim ersten Richter hätten angebracht werden sollen; in demselben Gedanken, den wir schon bei der Competenzregulirung in der Lehre der rest. c. l. t als den einzig entscheidenden erkannt haben.

Dritter Abschnitt.

§. 18.

Die Wiedereinsetzung wegen Minderjährigkeit.

Das gemeine Recht ist das Stammland auch dieser Art der Restitution. Ihm ist die Minderjährigkeit ein Grund, um gegen alle nachtheiligen Erkenntnisse Hülfe zu erhalten Linde Handb. V. S. 687 es mag der Anlaß des Nachtheils in der Partei selbst, ihrem Gegner oder dem Richter gegeben sein Oddus Sforzia a. a. O. II. 72. Das bayerische Recht nahm diesen Grund zwar auf, jedoch mit der wesentlichen Beschränkung, daß es einerseits die durch Ungerechtigkeit des Richters verursachten Nachtheile aus dieser Sphäre scheidet, anderseits den Einfluß der beiden andern Anlässe von einem Causalzusammenhange mit dem aufzuhebenden Nachtheil abhängig macht.

„Minderjährige sollen sich der restitutio contra sententiam auf keine andere Weise als ex novis zu erfreuen haben, es zeige sich denn, daß zu ihrem wirklichen Nachtheil in processu etwas ihrerseits unterlassen oder anderseits gefährlicher Weise begangen worden sei.“

I. Damit ist die erforderliche Läsion in die Schranken der zur rest. propter nova nöthigen Verletzung eingeengt und dieser im Wesentlichen gleichgestellt. Die Formulirung ist zwar bei beiden verschieden; dieß rührt aber nicht daher, daß beide dem Wesen nach auseinandergehen, sondern nur daher, daß der Gesetzgeber sie in Nachahmung der gemeinrechtlichen Aufstellung von verschiedener Seite auffaßte. Die Ungerechtigkeit des Richters vermag nämlich nach bayerischem Rechte keine taugliche Restitutionsläsion mehr zu begründen, da wie bei der Novenrestitution so auch hier der Causalzusammenhang der Läsion mit dem Mangel sachgemäßer Parteithätigkeit betont ist, auf die Richtigkeit oder Unrichtigkeit des Urtheils aber und damit auf Entstehung eines Schadens im letztern Falle die Parteithätigkeit oder der Mangel einer solchen rechtlich nicht den mindesten Einfluß üben kann.

Es muß daher offenbar die Partei dadurch verletzt sein, daß die factischen Grundlagen des Urtheils entweder unvollkommen oder unrichtig sind, und eine Aenderung des Urtheils ist also nur unter der Voraussetzung möglich, daß durch neue factische Momente — und das können nur Thatsachen oder Beweismittel sein — jene Unvollkommenheit oder Unrichtigkeit beseitigt wird.

Indem die G. O. in c. XVI. §. 1. n. 2. a. E. den dolus des Gegners in Begehungen hervorhob, hat sie einerseits etwas Ueberflüssiges gethan, da auch bei Großjährigen gerichtliche — eigne oder gegnerische Handlungen durch den Beweis eines denselben innewohnenden gegnerischen dolus unwirksam gemacht werden können; anderseits hat sie damit zu wenig gesagt, da nicht nur dolus, sondern auch Zwang des Gegners dem Benachtheiligten eine wirksame Waffe bieten (vgl. das oben bei der rest. gegen Eid und Geständniß Gesagte). Indem sie Unterlassungen der Minderjährigen bezw. ihrer Vertreter betont, auf welche allein schon hin restituirt werden soll, wenn sie nur den im Urtheil ausgedrückten Schaden herbeiführten, hat sie allerdings etwas Besonderes bestimmt, — und das ist eben das einzig Besondere, — daß nämlich bei vorhandener Minderjährigkeit der sonst geforderte Grund (Irrthum oder Unvermögen) nicht gefordert werde; sie hat es aber nicht in Harmonie mit dem Vorausgehenden formulirt, indem sie jetzt das den Schaden veranlassende Moment hervorhebt, bei der eigentlichen Novenrestitution dagegen das ihr beseitigende Moment.

Eine dem Vorausgehenden conform formulirte Bestimmung müßte lauten: Alle thatsächlichen Noven begründen für den Minderjährigen Restitution, auch ohne das Erforderniß des Irrthums oder Unvermögens, vorausgesetzt daß ihre Berücksichtigung die Hauptsache wesentlich alterirt (den in der Sentenz ausgeprägten Nachtheil hebt).

Eine Abweichung von den Läsionsnormen in der Lehre von der eigentlichen Novenrestitution liegt nur darin, daß unsere Restitution einen höchst materiellen Ausdruck der Verletzung erheischt, einen wirklichen Schaden, d. i. ein Endurtheil, denn vorher ist der Nachtheil ein bloß processualer. Das erhellt auch deutlich aus der in den Anm. zu n. 1 gemachten — übrigens unrichtigen — Bemerkung, daß der Restitution die actio tutelae vorausgehen müsse; denn der Gedanke an ein solches Erforderniß ist nur unter Voraussetzung eines Endurtheils möglich.

Im Uebrigen kann ich mich auf die im II. Abschnitt enthaltenen Ausführungen beziehen; das Endurtheil muß eine wirkliche Verletzung enthalten; es darf weder die Möglichkeit selbständiger Geltendmachung des novum, noch ein remedium ordinarium gegen das Endurtheil übrig sein c. XVI. §. 1. n. 1. Daß hiezu Ersatzklagen gegen Dritte, hier also die actio tutelae gegen den Vormund nicht gehören, ergibt sich aus der Erwägung, daß ein wirklicher Schade offenbar schon vorliegt, sobald nur in diesem Proceß gegen den Proceßgegner keine ordentliche Hülfe mehr offen steht, daß unter remedium ordinarium nur ein remedium gegen die Sentenz verstanden werden kann, wie daß alle diese Unterlassungen, die doch meist den Vormündern, überhaupt den Vertretern der Minderjährigen zur Last fallen, von dem Gesetzgeber in unserer Lehre als Unterlassungen der Minderjährigen selbst aufgefaßt werden („ihrerseits" unterlassen). Nur eine ausdrückliche Hintanstellung der Restitution hinter die Ersatzklage hätte also die Natur der Sache verrücken können, eine einfache Bemerkung Kreitmayr's in den Anm. zur G. O. kann es nicht, Seuffert Comm. IV. S. 188. Es wäre zudem nicht abzusehen, warum die Restitution der Großjährigen wegen Nachlässigkeit des Anwalts nicht auch in c. XVI. §. 1 der G. O. normirt worden, wenn sie nicht durch einen der allgemeinen Lehre widersprechenden, exceptionellen Zug gekennzeichnet wäre. Vgl. Bl. f. R. A. XII. S. 89 (A. M. Bl. f. R. A. I. S. 17), Motive zu Nov. v. 1837 §. 39. Abs. 5.

II. Der Restitutionsgrund ist dem für die Novenrestitution statuirten nicht analog. Unsere Restitution basirt nicht auf einem eigentlichen Restitutionsgrund, sondern vielmehr auf einem Privilegium der Minderjährigkeit, alle nicht vorgeschützten Thatsachen gegen ein nachtheiliges Endurtheil in Bewegung setzen zu dürfen. Es ist daher gleichgültig, ob die Unterlassung aus Absicht oder Nachlässigkeit, ob sie vom Vormund oder Advocaten veranlaßt wurde; sie gilt stets als entschuldbar und kann nach der allgemeinen Bestimmung der G. O. und dem klaren Sinn des Privilegiums selbst dann nicht unfähig sein durch Restitution geheilt zu werden, wenn sie aus bester rechtlicher und moralischer Ueberzeugung erfolgt war. A. M. Bl. f. R. A. XI. S. 332, Klee a. a. O. S. 48.

Hatte diese Ausnahmsrestitution schon vor 1837 hohe Bedeutung, so war doch naturgemäß ihre Anwendung nicht so häufig, wie seit der Nov. v. 1837, da die ausgedehnte rest. contra lapsum termini sehr oft zureichende Hülfe gewährte. Seit aber im Gebiet der rest. c. l. t. ein Privilegium der Minderjährigkeit nicht mehr existirt, ist die rest. contra sententiam das einzige Mittel, Nachlässigkeiten ꝛc. des Vormunds wieder gut zu machen.

Durch die Nov. v. 1837 soll eine große Categorie von Restitutionen aufgetaucht sein, nämlich die Restitution gegen Endurtheile wegen versäumter Berufung, motivirt durch den Nachweis, daß die Einlegung der Berufung ein günstigeres Urtheil erzielt hätte, Seuffert IV. S. 194. Eine solche Restitution, sie mag nun wegen Versäumung der Berufung gegen ein Beweis- oder Endurtheil geltend gemacht werden wollen (vgl. Bl. f. R. A. I. 399 ff, XVI. S. 284 f.), ist nach meiner Ansicht durchaus nicht construirbar (vgl. Rottmann bayer. Civilpr. S. 407, dessen Grund freilich zu äußerlich ist, um entscheidend zu sein). Der Nachtheil nämlich, der den Minderjährigen in beiden Fällen trifft, ist allerdings im Endurtheil ausgeprägt; da er aber nur durch Ungerechtigkeit des Richters herbeigeführt wurde, so enthält die Sentenz keine für die Restitution taugliche Läsion; die Unterlassung der Appellation erzeugt zwar eine Restitutionsläsion, aber eine solche, die auf rein formellem Boden der rest. c. l. termini entsteht, und denselben auch nie verläßt, indem man nie sagen kann, die Versäumung der Appellation habe den im Endurtheil liegenden Nachtheil zur Entstehung gebracht. Nur von dem Standpunkt gemein-

rechtlicher Theorie, wonach Ungerechtigkeit des Richters eine taugliche Restitutionsläsion erzeugte, wäre die Construction einer solchen Restitution denkbar, Bickell in churh. Zeitsch. S. 140. Gegen so entstandene Nachtheile kann, wenn die Restitution gegen Ablauf der Berufungsfrist nicht oder nicht mehr statthaft ist, nur eine Klage gegen den Vormund helfen.

Eine weitere Bestätigung dieser Ansicht liefern die Anm. zur G. O. — abgesehen von den ganz im Sinne des hier vertretenen Läsionsbegriffs gewählten Beispielen der rest. minorum — an zwei Stellen, einmal die allgemeine Bemerkung zu n. 4, daß die Restitution nicht auf Ungerechtigkeit oder Unerfahrenheit des Richters fundirt werden könne, sowie die Ausführung S. 509 bei Gelegenheit der Restitution gegen Ablauf der Berufungsfrist, daß die Restitution selbst als rest. contra sententias auf Grund anwaltlicher Nachlässigkeit nicht ertheilt werde, sondern der Regreß gegen den Anwalt das einzige Rechtsmittel des Verletzten sei. Offenbar wären die Voraussetzungen der Restitution nach c. VII. §. 10 bezüglich des Restitutionsgrunds ebenso gegeben wie in unserm Fall, die Unstatthaftigkeit der Restitution beruht also nothwendig in der besondern Natur der Verletzung, und ist daher, wenn für die eine, damit wegen vollkommener Gleichheit des Läsionsbegriffs auch für die andere normirt.

Den Minderjährigen gleich stehen die sogenannten Quasiminderjährigen: Kirchengemeinden, causae piae, überhaupt wie die Worte der G. O. c. XVI. §. 1. n. 6. „und dergleichen" andeuten, alle im bayerischen Rechte mit den Privilegien der Minderjährigen ausgestatteten Rechtssubjecte, wozu nach den Anm. zum bayer. Landr. Th. I. c. VII. §. 36. n. 8. „all' andere approbirte Communitäten, corpora vel collegia," also alle als Rechtssubjecte erscheinenden Gesammtheiten gehören, gleichviel welchem Zwecke sie dienen, Seuff. Comm. IV. S. 189, demnach auch der Fiscus Nov. v. 6. März 1759.

Der letztere hat übrigens durch Nov. v. 1837 §. 39 eine Beschränkung erfahren. Für ihn soll nämlich das Motiv, daß zu seinem Nachtheil im Proceß etwas unterlassen worden sei, künftig in keinem Falle mehr Restitutionsgrund sein, ausgenommen soweit die Voraussetzungen des cap. VII. §. 10 vorliegen, wenn nämlich der proceßführende Fiscal gegen seine Instruction oder Vollmacht etwas unterlassen hat, wovon der Verlust des Processes die Folge, und die Er-

holung der Entschädigung für das Staatsärar wegen Insolvenz des Fiscals nicht möglich gewesen ist.

Damit ist freilich das Restitutionsprivilegium des Fiscus auf ein Nichts reducirt, obschon der zweite Satz der n. 2 „anderseits gefährlicherweise begangen" auch noch für ihn gilt; denn ich vermag nicht abzusehen und konnte auch aus der ganzen Fülle der Kammerverhandlungen über §. 39 nicht entnehmen, daß er damit als wahrhaft privilegirt erscheint.

Den Minderjährigen gerichtlich erklärte Verschwender und Geisteskranke gleichzustellen, ist durchaus unstatthaft, da diese Personen mit den Minderjährigen nur Beschränkungen der Handlungsfähigkeit, nicht Privilegien gemein haben.

Neben der privilegirten Restitution hat die normale propter nova auch für die Minderjährigen volle Geltung. Freilich wird sie hier wohl nur in zwei Fällen zur Anwendung kommen, nämlich wenn gegen ein Interlocut restituirt werden soll, und wenn erst nach eingetretener Großjährigkeit sich nova hervorthun; in allen übrigen Fällen geht sie in der bevorzugteren rest. minorum auf.

III. Die Restitutionsfrist ist wie bei Großjährigen eine viermonatliche; nur wird hier dem Restitutionsgrund entsprechend der Beginn derselben in das Ende des Zustands gelegt, der die Unterlassung entschuldigt, d. h. in den Beginn der durch Zeitablauf oder venia aetatis erreichten Großjährigkeit', v. Bayer bayer. C. Pr. S. 135. Damit ist natürlich nicht gesagt, daß die Restitution vorher nicht nachgesucht werden dürfe; ein solches Gebot hätte keinen rationellen Grund für sich, und enthielte nur eine unnöthige Belästigung der Minderjährigen und den Anlaß zur Verewigung der Processe; — sondern eben nur, daß vor Eintritt der Großjährigkeit von Verjährung der Restitution keine Rede sei.

Bei den sogenannten Quasiminderjährigen ist wegen der Permanenz des privilegirenden Zustands der Beginn wie bei Großjährigen in den Eintritt resp. die Kenntnißnahme der Läsion gesetzt, demnach als Regel in den Tag nach der Publication des Endurtheils; in einen früheren Moment nie, weil die Restitution nur gegen das Endurtheil gerichtet sein kann (A. M. Seuffert Comm. IV. S. 192. n. 43, Bl.

f. R. A.I. S. 19); wohl aber in einen spätern Zeitpunkt dann, wenn die Läsion sich später äußert d. h. wenn die Vertreter der juristischen Person später entdecken, daß derjenige, welcher den Proceß geführt, irgend ein sachdienliches Moment unterlassen, gleichviel ob dieser sich der schädlichen Unterlassung längst bewußt war oder nicht; denn der Gesetzgeber hat von Aeußerung der Läsion offenbar nur mit Rücksicht auf den Lädirten gesprochen. G. O. c. XVI. §. 1. n. 3.

IV. Das Restitutionsgericht ist aus denselben Gründen, wie bei rest. propter nova das Gericht erster Instanz; es kann dieß sein, weil auch hier dem Richter keine Ungerechtigkeit zur Last gelegt wird; es muß es sein, weil der neue factische Stoff naturgemäß von Anfang hätte in erster Instanz vorgetragen werden sollen. Die von Seuffert Comm. IV. 194 erörterte Frage, ob nicht bei der Restitution wegen Unterlassung der Berufung eine Ausnahme stattfinde, ist mit Rücksicht auf obige Ausführung für mich gegenstandslos.

Vierter Abschnitt.

§. 19.

Die Wiedereinsetzung wegen Verschuldung des Anwalts.

Es bedurfte einer langen Zeit, bis die Vertretung im Proceß zur Schaffung einer besondern Restitution Anlaß gab. Das römische Recht, welches das Princip der allgemeinen Zulässigkeit processualer Stellvertretung erst in seinen letzten Zeiten anerkannte, (v. Bayer Vortr. S. 319 ff) widmete den daraus einer Partei zugehenden Nachtheilen keine Beachtung, sondern ließ einfach die Mandatsgrundsätze entscheiden, ausgenommen im Falle einer Collusion des Stellvertreters mit dem Proceßgegner v. Stengel die Restitution wegen Nachlässigkeit des Anwalts S. 6, Arch. f. pract. Rechtswissensch. Bd. I, S. 133. Die vorzüglich vom Gesichtspunkt des dominium litis aus angenommene Unzulässigkeit einer Restitution wurde nach und nach im deutschen Reich durch den Gerichtsgebrauch erschüttert — um so leichter, als hier die Lehre vom dominium litis keinen Eingang fand — namentlich rücksichtlich der öffentlich angestellten Anwälte, in deren Wahl die vollste Schuldlosigkeit der Partei manifestirt schien.

Man ließ daher bald die Restitution wegen Nachlässigkeit des Stellvertreters wenigstens nach erfolgloser Ausklagung zu, und der G. B. v. 1786 gab dieser Praxis legalen Ausdruck und Erweiterung in der Art, daß die Excussion öffentlich angestellter Procuratoren nicht mehr gefordert wurde. Arch. f. pr. Rw. I. S. 141. 142.

Die bayerische G. O. nimmt den Standpunkt des gemeinen Rechts auf, wie es vor der gemeinbescheidlichen Aenderung nach der comunis opinio sich gestaltet hatte. Sie läßt die Restitution gegen den durch Unfleiß oder Verschulden des Anwalts verursachten Schaden zu einerseits ohne Rücksicht auf seine öffentliche oder Privatstellung, anderseits mit dem Erforderniß vorgängiger Excussion.

Dem Wesen dieser Restitution entsprechen nachstehende Aufstellungen:

I. Die Verletzung muß eine höchst materielle, d. h. im Endurtheil ausgedrückt sein, denn nur daraus ist ein bestimmt berechenbarer Schade ersichtlich. Da nun nach schon entwickelten Grundsätzen jede Restitution nach dem Endurtheil eine Restitution gegen dasselbe ist, so ist der Charakter dieser Restitution als analog der rest. minorum, nämlich als rest. contra sent. nicht zu bezweifeln, Seuffert Comm. IV. 190. 191, eine Auffassung, die auch in Nov. 1837 §. 39 Abs. 3 einen legalen Ausdruck gefunden. Die innere Beschaffenheit der Verletzung ist mit Rücksicht auf den Restitutionsgrund vollkommen klar.

a) Fehlende oder unrichtige Rechtsausführungen vermögen die Restitution nicht zu begründen, da die Anwendung der Gesetze officielles Geschäft des Richters ist, daher die Nichtberücksichtigung einschlägiger, aber vom Anwalt versäumter Gesetze nicht als Nachlässigkeit des Anwalts, sondern des Richters erscheint.

d) Nur die gänzliche oder theilweise Versäumung oder verkehrte Benützung factischen Stoffs ist auf das Urtheil von Einfluß und zur Restitution geeignet, vorausgesetzt, daß gerade dadurch der Schade d. i. der ungünstige Laut des Erkenntnisses entstand und durch vollkommene oder richtige Vorbringung vermieden worden wäre. Es kehrt auch hier der Läsionsbegriff wieder, wie wir ihn für die rest. pr. nova und pr. minorem aetatem kennen gelernt. Arch. f. pr. Rswiss. I. 133.

Gegen das Endurtheil darf weder ein ordentliches remedium

contra sent. übrig sein, noch die Ersatzklage. Da letztere bei sonst gleichen Voraussetzungen einen andern Gegner hat als die Restitution, so ist von einem Verzicht auf sie keine Rede, vielmehr ist der Nachweis erfolgloser Excussion des Anwalts unbedingt nothwendig G. O. VII. 10. Anm.; und kann nur durch den Beweis notorischer Insolvenz surrogirt werden. Mit Unrecht wird letzteres von Stengel S. 44 geläugnet, denn die Worte der G. O. u. Anm., welche gerade auf die Klage nicht den mindesten Nachdruck legen, sondern nur auf die Insolvenz, lassen keine andere Deutung zu; insbesondere veranlassen die Worte „nicht mehr solvendo" keineswegs zu der von Stengel vertheidigten Meinung. Der natürliche ihnen innewohnende Sinn ist der, daß dieselben auf den Zeitpunkt — nicht einer erfolglosen Ausklagung, sondern vielmehr den des Eintritts der Vergütungspflicht hinweisen und das Erforderniß enthalten, daß zur Zeit seiner Bestellung resp. seines Verschuldens seine Insolvenz nicht schon notorisch war, indem solchen Falls der Principal durch Außerachtlassung des möglichen Falls einer anwaltlichen Verschuldung den Anspruch auf Restitution verscherzte. Die übrigen von Stengel beigezogenen Zweckmäßigkeitsgründe sind ohne Gewicht, namentlich die Rücksicht auf Verhütung betrüglicher Machinationen zwischen Anwalt und Principal, denn der Proceßgegner hat durch den Anspruch auf Cession der Ersatzklage eine wirksame Waffe gegen den Anwalt in der Hand, die dieser durch Collussion mit dem Principal gegen sich selbst richten würde ꝛc. ꝛc. Gehindert ist die Restitution natürlich, wenn Implorant mit der Ersatzklage nicht durchdrang, da bei gleichen Voraussetzungen beider Rechtsmittel nur der erfolglose Sieg mit dem ersten das zweite rechtfertigt, und auch das wesentliche Requisit der Restitution, Insolvenz des Anwalts durch Abweisung des Principals keineswegs hergestellt ist. Daß aber durch Erlangung lediglich eines Theils des zuerkannten Ersatzes die Restitution bezüglich des andern nicht ausgeschlossen ist, versteht sich von selbst, nur darf wegen ausdrücklicher Verweisung auf die Billigkeit hier ein erheblicher Schade gefordert werden.

Der constatirten Vermögenslosigkeit des Anwalts die Unschätzbarkeit des Gegenstands gleichzustellen, rechtfertigt sich nicht mit Rücksicht auf den unzweideutigen Ausdruck „nicht mehr solvendo"; in solchen Fällen ist die Restitution aus-

geschlossen, die überhaupt (auch nach den Worten der Anm.) eine exceptionelle ist. Stengel a. a. O. S. 39 ff.

2. Der Restitutionsgrund zur Nachbringung sachdienlichen Stoffs — Irrthum im Gebiet der Normalrestitution — ist hier Unfleiß oder Verschulden des Anwalts, sofern sich daraus ein Anspruch auf Vergütung nach Mandatsgrundsätzen ergibt. Es genügt daher schon levis culpa, vorausgesetzt, daß sie sich gerade in der Richtung auf die Vollmacht äußert, folglich als ein Handeln gegen die aus Vollmacht und der damit verbundenen Instruction entspringenden Pflichten erscheint; daher der Inhalt derselben vom Principal zu beweisen ist. Daß auch dolus die Restitution rechtfertigt, verstünde sich eigentlich von selbst, und wäre daher eine besondere Erwähnung höchst unnöthig, wenn nicht v. Stengel diese Art der Verschuldung aus unserm Gebiet auffallender Weise ausschlösse. Eine solche Einschränkung widerspricht einmal den hier offenbar maßgebenden Mandatsgrundsätzen, sie wäre ferner undurchführbar und ist auch nicht durch G. O. c. II. §. 5. n. 7 geboten, wie St. meint, da hierin nichts anders enthalten ist, als eine Auflösung des Begriffs „Verschuldung“ in ihre zwei Bestandtheile Nachlässigkeit und Gefährde. —

Soweit, und zwar ganz in demselben Schranken als bei Großjährigen wegen Verschuldens des Anwalts Restitution Platz greift, findet nach Nov. 1837 §. 39 analog eine Restitution des Fiscus statt, nämlich gegen instructions- oder vollmachtwidriges Verfahren des proceßführenden Fiscals bei erwiesener Insolvenz desselben. Wir haben durch die Worte „sofern die Erholung einer Entschädigung nicht möglich war“ eine klare legale Deutung des Ausdrucks „nicht mehr solvendo“ erhalten, nämlich die Negirung der Nothwendigkeit vorheriger Excussion des Anwalts; sonst wäre nicht von Erholung, sondern von Erreichung die Rede.

3. Als rest. c. sent. muß ihr eine Frist von vier Monaten laufen. Der Lauf derselben ist aber anders zu bestimmen, als bei den übrigen Restitutionen, da das Gesetz ihre Zulässigkeit nicht an die bloße Läsion, sondern auch an die Insolvenz des Anwalts knüpft. Ist freilich diese im Moment der Urtheilspublication oder Kenntnißnahme der Läsion vorhanden, so ist dieser Zeitpunkt auch hier Anfangspunkt der Frist, anders aber wenn sie noch nicht

feststeht, sondern ihre Constatirung voraussichtlich an vorherige Excussion geknüpft ist. Hier kann von Beginn der Frist erst die Rede sein, wenn die Verurtheilung im Excussionsproceß erfolgte, und die Execution die Partei gar nicht oder nur theilweise zufrieden stellte. Es fragt sich nur, ob der Partei zur Stellung der Vorklage die gewöhnlichen 30 Jahre oder eine kürzere Zeit zu Gebot steht. Sie als Vorausklage an die 4 Restitutionsmonate zu knüpfen, ist durch keinen Grund gerechtfertigt; man muß vielmehr strenger sein und wohl beachten, daß mit Restituirung des Principals die Billigkeit beobachtet werden soll. Diese Restitution ist nicht ein Ausweg, den dieser für alle Fälle noch offen hat, auch wenn er sich die Erholung der Entschädigung vom Anwalt nicht sehr angelegen sein ließ, sondern offenbar nur dann, wenn er sie nicht durch späte Klagstellung selbst vereitelte, wenn er also die Klage stellte, sobald er dazu berechtigt war, d. i. sobald der Anwalt schuldig war, den Schaden zu vergüten. Welche Zeit für Stellung der Klage offen stehe, hat das Gesetz nicht bestimmt, die G. O. überläßt es dem Ermessen des Richters, nach Billigkeit zu entscheiden, ob dem Implorant nicht der Vorwurf gemacht werden kann, er habe sich durch späte Klagstellung die Vergütung selbst unmöglich gemacht.

4. Das Restitutionsgericht ist bei Mangel besonderer gesetzlicher Bestimmung nach Grundsätzen des c. XVI. §. 1 das Gericht der Hauptsache und zwar I. Instanz.

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Widenmayer, Johannes <<von>>,

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach bayerischem Proceßrecht unter Berücksichtigung des gemeinen Rechts

Lindau 1864

Bavar. 2933 s
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10380837-7